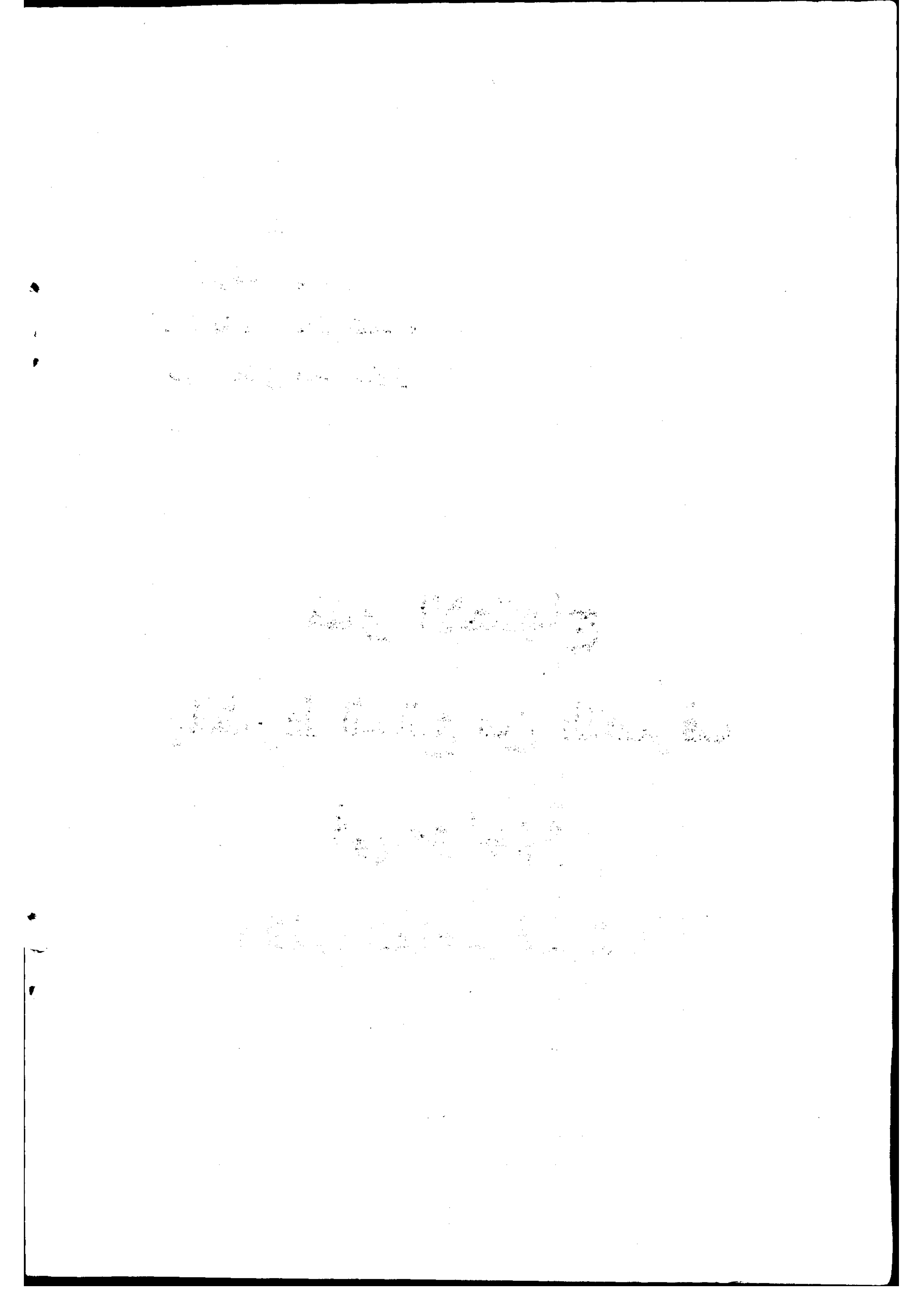
دكتور
أشرف جابر سيد
أستاذ القانون المدنى المساعد
كلية الحقوق جامعة حلوان

مدى الاحتجاج بالشرط المانع من التصرف فى مواجهة دائنى المتصرف إليه

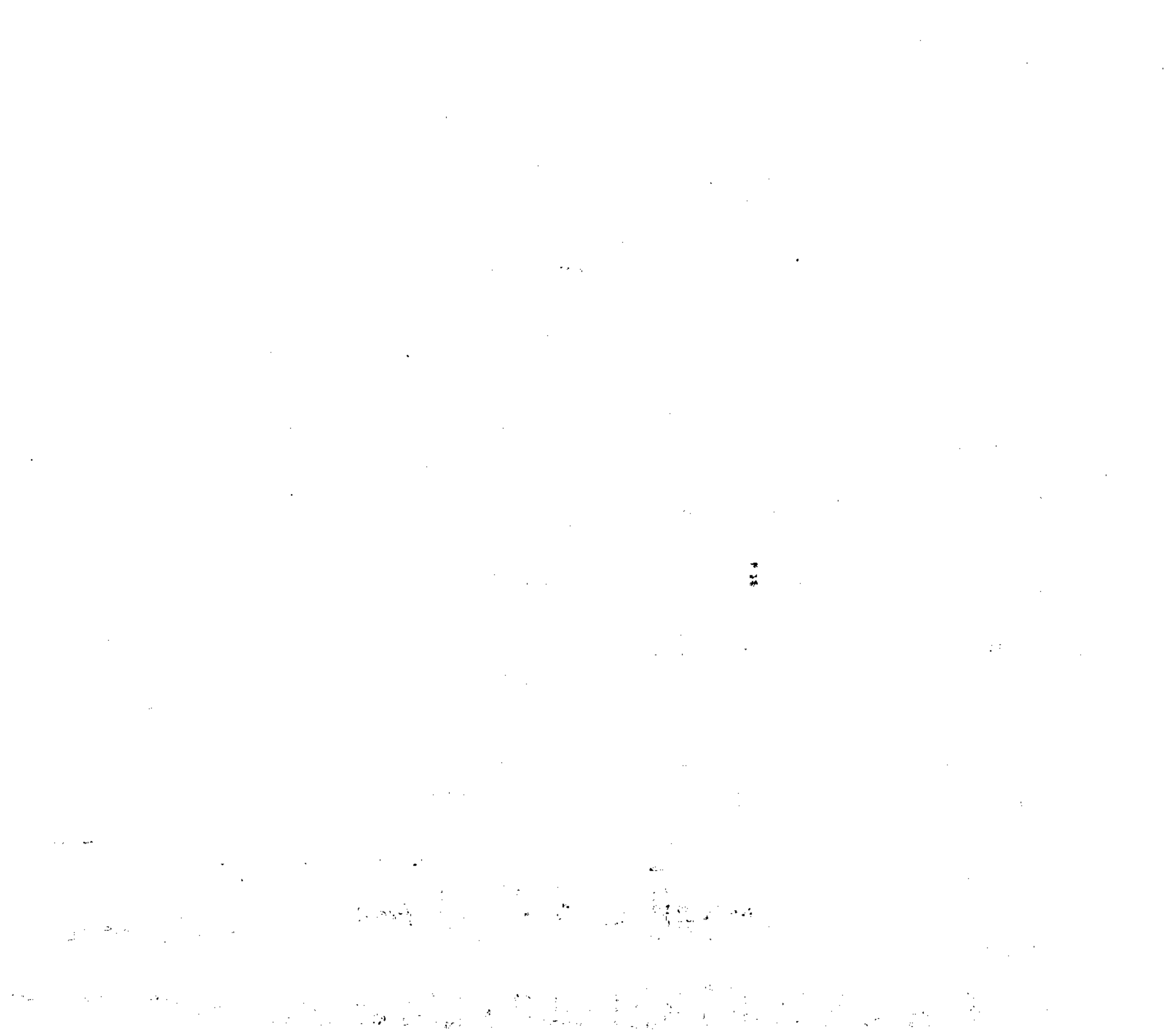
دار النهضة العربية
٢٠٠٦



بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ ربنا عليك توكلنا وإليك أنبنا وإليك المصير ﴾

من الآية ٤ من سورة الممتحنة



مقدمة

١ - وضع المشكلة :

يؤكد الواقع دوما أن الاعتبارات المالية تتزايد أهميتها يوما بعد يوم في حياة أي مجتمع ، وذلك مقابل ما تحققه الاعتبارات المعنوية من تراجع أمام طغيان كل ما هو مادي ، وهو الأمر الذي يجوز القول معه أن المال - في أغلب الأحوال - يحجب ما عداه من اعتبارات أخرى l'argent éclipse toute autre consideration .

بل إن القانون لا ينكر حماية الاعتبارات المالية ، حتى لو تعارضت مع الاعتبارات المعنوية ، مادامت تعبر عن مصالح مالية مشروعة جديرة بالحماية . ورغم ذلك فهناك من أحكام القانون ما لا يسير في هذا الاتجاه ، بل على العكس تأخذ في اعتبارها المصالح العائلية والمعنوية ، وتعظم من أهميتها على حساب المصالح المالية ، عند وقوع تعارض بينهما .

ويعد الشرط المانع من التصرف La clause d'inaliénabilité مثالا نموذجيا لهذا التعارض بين المصلحتين المالية والمعنوية ، إذ هو يجسد المصالح العائلية والتي تعبر عنها - عادة - إرادة رب الأسرة ، وهو المتصرف ، وذلك حين يضع في تصرف ناقل للملكية ، سواء كان معاوضة أو تبرعا ، إلى أحد أفراد أسرته ، وهو المتصرف إليه ، شرطا بمقتضاه يمنع هذا الأخير من التصرف في المال محل التصرف .

إذا فالمتصرف إليه ، وهو المالك الجديد للمال محل التصرف ، يمتنع عليه ، بمقتضى الشرط المانع من التصرف ، أن يقوم بأي عمل مما يعد تصرفا في هذا المال .

كما ينبنى أيضا على هذا الشرط ، نتيجة هامة للغاية ، وهى أنه لا يجوز لدائنى المتصرف إليه الحجز على المال محل المنع من التصرف .

وهذه النتيجة الأخيرة هى التى تبرز مشكلة التعارض بين كل من المصالح العائلية والمعنوية ، وهى مصالح يجسدها الشرط المانع من التصرف ، والمصالح المالية لدائنى المتصرف إليه ، الذين يقف هذا الشرط حجر عثرة فى طريق استيفائهم حقوقهم من المال محل المنع من التصرف ، مما يمكن القول معه أن هذا الشرط يخلق نوعا من المواجهة بين المصالح العائلية والمعنوية من جانب ، والمصالح المالية لدائنى المتصرف إليه من جانب آخر .

والمستقر فقها وقضاء ، رغم عدم وجود نص بذلك ، هو ترجيح المصالح الأولى على الثانية ، إذ يعد مبدأ عدم قابلية المال للحجز – بوجه عام – أثر مسلم به للشرط المانع من التصرف . وإلى هذا المبدأ ، كأثر للمنع من التصرف ، تنصرف هذه الدراسة .

٢ – أهمية موضوع البحث :

إذا كان الشرط المانع من التصرف يستتبع منع دائنى المتصرف إليه من توقيع الحجز على المال الممنوع التصرف فيه ، مراعاة للاعتبارات العائلية والمعنوية التى يرمى الشرط إلى حمايتها ، إلا أن هناك ثمة ملاحظات وتساؤلات تستحق الطرح والمناقشة فى هذا الصدد :

أولى هذه الملاحظات هى أنه قد يقال إن دائن المتصرف إليه لا يقع على عاتقه ثمة التزام قانونى إزاء الشرط المانع من التصرف ، فهذا الأخير لا يلزم سوى المتصرف إليه ، إذ هو وحده الذى قبله ، وبالتالى يستطيع دائنه الحجز على المال الممنوع التصرف فيه .

ومن هنا فإنه قد لا يبدو مقنعا ، على نحو كاف ، منع دائن المتصرف إليه من الحجز على المال الممنوع التصرف فيه ، ومن ثم يثور التساؤل : لماذا حقا لا يستطيع الدائن الحجز على هذا المال ؟ .

وثمة تساؤل آخر ، وهو إذا كان من غير الممكن تحقيق المصالح العائلية والمصالح المالية فى آن واحد ، فما الذى يمنع من السعى إلى إيجاد قدر من التوازن بينهما ، دون أن نضطر إلى التضحية تماما بإحداهما لحساب الأخرى ؟ .

وهذه المشكلة تفرض نفسها ، فى القانون الفرنسى والقانون المصرى على حد سواء .

ففى القانون الفرنسى تنبع المشكلة من خلو نصوصه من حكم حاسم بشأنها ، فهذه المشكلة لم تلق من المشرع سوى التجاهل والإغفال ، بل إنها ، وقد حظيت بحظ وفير من جهد القضاء فى نهاية القرن التاسع عشر ، لم تثر تشريعيا إلا على أثر صدور قانون ٣ يوليو ١٩٧١ ، وذلك بنص المادة ٩٠٠ / ١ من القانون المدنى الذى أجاز ، صراحة ، للمتصرف إليه ، أن يطلب من القضاء ، بشروط معينة ، رفع المنع من التصرف .

والحق أن هذا التدخل التشريعى لم يسهم فى حسم المشكلة بقدر ما أثار الجدل والتساؤلات بشأنها - وهو ما سيتضح بعد - الأمر الذى يؤكد على أهمية محاولة دراسة هذه المشكلة لإيجاد التوازن المفقود بين حقوق دائنى المتصرف إليه من ناحية ، وبين الشرط المانع من التصرف من ناحية أخرى .

أما فى القانون المصرى ، فإن هذه المشكلة تبدو أوسع مدى ، حيث لم يتعرض المشرع المصرى ، بنص صريح كما فعل نظيره الفرنسى ، إلى

مدى إمكانية طلب المتصرف إليه من القضاء رفع المنع من التصرف ، فضلا عن مدى جواز قيام دائنيه بذلك ، بهدف التوصل إلى الحجز على المال الممنوع التصرف فيه ، حيث لم تتضمن المادتان ٨٢٣ و ٨٢٤ أية إشارة إلى ذلك .

وفى ضوء ذلك ، فإننا لا ننكر ما فى هذه المحاولة من مجازفة ، فاحترام الشرط المانع من التصرف ونفاذه فى مواجهة دائنى المتصرف إليه يعد من المسلمات التى تنأى عن أى نزاع .

كما لا ننكر ما قد تحمله هذه المحاولة من مخاطر ، لما قد يترتب على تدعيم حقوق دائنى المتصرف إليه فى مواجهة الشرط المانع من التصرف ، من عزوف الأفراد عن التبرع بأموالهم مقترنا بالمنع من التصرف ، مادام أن بقاء ما قد يضعونه من شروط مانعة من التصرف مهدد بالزوال . وذلك على العكس فيما لو تأكدت حصانة الشرط المانع من التصرف فى مواجهة حقوق دائنى المتصرف إليه ، إذ يترتب على ذلك كثرة إدراجه إلى الحد الذى قد يهدد حرية التجارة ، ويؤثر سلبا فى ضمان المدينين ، ويضرب حقوق الدائنين فى الصميم ، وهو الأمر الذى قد يحفز المشرع إلى التنبه إلى ضرورة مواجهة هذه المشكلة على نحو حاسم .

أجل إن تغليب الشرط المانع من التصرف يعد انتصارا للمصالح المعنوية على حساب المصالح المالية ، وتخفيفا من سطوة الاعتبارات المادية على الاعتبارات الإنسانية والعائلية ، وهى نتيجة ذات بريق وجاذبية ، على الأقل من الناحية النظرية ، ولكن يجب ألا يصرفنا ذلك عن جانب آخر لا يقل أهمية ، وهو أنه كلما تعاظمت مكانة الشرط المانع من التصرف فى مواجهة حقوق دائنى المتصرف إليه ، كلما أوشكت هذه الأخيرة على التهاوى والزوال ، فضلا عما يمثله إنكار أية إمكانية أمام الدائنين ، ووصد

كل وسيلة أمامهم للحجز على أموال مدينهم - الممنوع التصرف فيها - من تهديد قاس لمصالحهم وحقوقهم ، وهى حقوق لا يسع أحد أن ينكر أهميتها أو أن يقلل منها .

فقد يكون هذا الدائن هو الآخر مدينا ، ولا سبيل أمامه للوفاء بدينه سوى هذا المال الذى يقف دونه الشرط المانع من التصرف . كما أنه من المفترض أن يدير المتصرف إليه شئونه بالحرص والعناية اللازمين للوفاء بالتزامه فى مواجهة دائنه .

وهذه الحقوق المعتبرة لدائنى المتصرف إليه ، تؤكد أن احترام المنع من التصرف لا يمثل أكثر من قيمة أدبية أو معنوية Le respect de la parole donnée n'est- pas non plus une valeur morale .

٣ - نطاق الدراسة :

يمكن أن نحدد نطاق الدراسة من ناحيتين :

فمن ناحية أولى ، يقتصر على شروط المنع من التصرف التى يفرضها المتصرف بإرادته حماية للاعتبارات المعنوية والعائلية ، دون غيرها من الشروط المانعة من التصرف ، والتى قد يفرضها القانون ، كمنع الشريك فى ملكية الأسرة من التصرف فى نصيبه لأجنبى عن الأسرة إلا بموافقة الشركاء جميعا (م ٨٥٣ مدنى مصرى) .

كما تقتصر الدراسة ، من ناحية أخرى ، على أثر الشرط المانع من التصرف فى مواجهة دائنى المتصرف إليه ، دون دائنى المتصرف ، إذ لا يترتب على الشرط ثمة مشكلة بالنسبة لهؤلاء الأخيرين ، فهو ليس موجها إليهم ، وإن كانت حقوقهم تتعلق بالتصرف ذاته الذى ترتب عليه نقل الملكية

إلى المتصرف إليه ، فيجوز لهم الطعن فى هذا التصرف بما يحافظ على الضمان العام لذمة مدينهم ، ولا يدخل هذا فى نطاق دراستنا هذه .

٤ – خطة الدراسة :

إذا كانت هذه الدراسة تحاول إيجاد قدر من التوازن بين اعتبارات متباينة ، فهى تنطلق من نقطة محددة ، وهى ألا تكون النتيجة الحتمية للمواجهة بين تلك الاعتبارات ، أن نضحى بإحداها على حساب الأخرى .

ومن أسف أن الواقع يؤكد على سيادة هذه النتيجة ، وهى غلبة الشرط المانع من التصرف دائما على حقوق دائنى المتصرف إليه ، وهو ما تأكد حديثا فى حكم لمحكمة النقض الفرنسية ، والذى يمكن اعتباره أنه قد وضع حدا لآمال وطموحات دائنى المتصرف إليه فى الحجز على أموال مدينهم الممنوع التصرف فيها ، ومن ثم استقرار مبدأ عدم القابلية للحجز (الباب الأول) .

ولكن لا ينبغى الاعتقاد أن هذه هى نهاية المطاف لتلك المشكلة ، فلا تزال هناك فرصة لتصور حلول ووسائل تتاح للدائن تمكنه من الوصول إلى مركز مساو لمركز المتصرف . وهو ما يدعونا إلى ضرورة محاولة البحث عن هذه الحلول وتلك الوسائل ، أيا كانت أهمية وفعالية النتائج التى يمكن أن تؤدى إليها هذه المحاولة أمام استقرار القضاء على مبدأ عدم القابلية للحجز .

ونص المادة ٩٠٠ / ١ مدنى فرنسى يمكن اعتباره ، المخرج من هذه المشكلة ، أما فى القانون المصرى ، حيث لا يوجد مثل هذا النص ، فإنه يتعين بحث هذه المشكلة فى ضوء ما قد تقدمه القواعد العامة من حلول .

لأجل هذا ، فإنه ينبغي استعراض الوسائل التى يمكن أن تكون متاحة - ولو أنها محدودة الفائدة - أمام دائن المتصرف إليه فى مواجهة الشرط المانع من التصرف (الباب الثانى) .

وعلى ذلك ، فإننا سنقسم الدراسة فى هذا البحث إلى بابين كما يلى :

الباب الأول - مبدأ عدم القابلية للحجز كأثر للشرط المانع من التصرف .

الباب الثانى - وسائل محدودة فى مواجهة الشرط المانع من التصرف .

وقبل ذلك نمهد لهذه الدراسة بنبذة موجزة عن مضمون الشرط المانع من التصرف من خلال مبحث تمهيدى .

مبحث تمهيدى
مضمون الشرط المانع من التصرف

٥ - تقسيم :

نتناول هذا المبحث من خلال مطلبين نستعرض فيهما - بقدر من الإيجاز - حكم الشرط المانع من التصرف من حيث الجواز والحظر ، ثم شروط صحة هذا الشرط ، مبينين الطبيعة القانونية له فى ضوء ما يترتب على مخالفته من جزاء .

المطلب الأول
حكم الشرط المانع من التصرف
من حيث الجواز والحظر

٦ - (أ) فى القانون الفرنسى :

ظهرت فكرة المنع من التصرف فى روما ، حيث كان يجوز لرب الأسرة أن يمنع ابنه من التصرف فى الأموال التى يتلقاها ، تبرعا ، حفاظا عليها من التبديد . وقد انتشر هذا الوضع على نحو واسع ، وكان الهدف منه هو الحفاظ على المصالح العائلية [١] .

وفى ظل القانون الفرنسى القديم كان الهدف من فكرة المنع من التصرف هو تكريس ثروات العائلات العريقة ، والحيلولة دون انتقالها خارج نطاق العائلة .

---

[١] H. Corvest , L'inaliénabilité conventionnelle : *Defrénois* 1979, art. 32126, p.1377.

ولما كانت فكرة المنع من التصرف على هذا النحو تصطدم مع مبدأ حرية تداول الأموال ، ولعدم قيام هذا المنع على أساس من نصوص القانون ، فقد أبدى القضاء الفرنسي إزاءها تحفظا شديدا ، فذهب في بادئ الأمر إلى بطلان اشتراط المنع من التصرف سواء كان المنع مؤبدا أو مؤقتا ، وأيا كان الباعث وراء الشرط [٢] ، ثم اتجه فيما بعد [٣] - وتحت إلحاح الضرورات العملية وتفاديا لحبس المال عن التداول - إلى تصحيح الشرط المانع من التصرف ، وقد أكدت على هذا الاتجاه الأخير محكمة النقض الفرنسية [٤] ، حيث ذهبت إلى صحة هذا الشرط متى كان المنع مؤقتا temporaire ، وكان مستندا إلى مصلحة جدية ومشروعة un intérêt sérieux et légitime ، سواء كانت مصلحة مالية patrimonial أو عائلية familial .

أما في القانون الفرنسي الحالي ، فلم يخرج المشرع الفرنسي على مبدأ حرية تداول الأموال ، وحظر منع التصرف فيها ، إلا في حالتين أجاز فيهما المنع من التصرف .

تتعلق الحالة الأولى منهما بما يعرف بالنظام المهري le régime dotal (أو نظام الدوطة) ، والذي كان منصوصا عليه في المادة ١٥٥٤ من القانون المدني الفرنسي - ثم ألغي بقانون ١٣ يوليو ١٩٦٥ - حيث كان يحظر على الزوج ، بمقتضى هذا النظام ، وما دامت الزوجية قائمة ،

---

(2) Paris, 11 mars 1836, D.P.-2, p.82 ; Douai, 29 déc. 1847, S. 1848, 2, p.68.
(3) CA Angers, 29 juin 1842 ; DP. 1842, 2, p.218 ; S. 1842, 2, p.400 .
(4) Cass. civ., 20 avril 1858 ; DP 1858, 1, p.154 ; S.1858, 1, p.589.

التصرف فى أموال المهر ، وكان الهدف منه هو تجنب إساءة الزوج التصرف فى هذه الأموال [٥] .

أما الحالة الثانية فهى ما تعرف بنظام الحلول الوصائى substitution fidéicommissaire ، أو الاستبدالات المباحة substitutions premises ، والذى أقرت بصحته المادة ١٠٤٨ من القانون المدنى الفرنسى ، حيث نصت على أنه " يجوز للآباء والأمهات التصرف فى كل أو بعض الأموال ، التى لهم حق التصرف فيها ، إلى بعض أو كل أبنائهم ، سواء بتصرف بين الأحياء أو على سبيل الوصية ، مقترنا ذلك بشرط أن ترد هذه الأموال إلى من يكون قد ولد أو سيولد للمتبرع لهم من الدرجة الأولى فقط " [٦] .

---

[5] Jean- Louis BERGEL, Marc BRUSCHI et Selvie CIMAMONTI, les biens,1995, n° 86, p. 89 ; Planckeel FREDERIC, le creancier face à une clause d'inaliénabilité, mém. 1999, p. 11.

[٦] وقد نصت المادة ١٠٤٨ على ذلك بقولها :

" Les biens dont les père et mère ont la faculté de disposer, pourront être par eux donnés, en tout ou en partie, à un ou plusieurs de leurs enfants, par actes entre vifs ou testamentaires, avec la charge de rendre ces biens aux enfants nés et à naître, au premier degré seulement, desdits donataires" .

وتجدر الإشارة إلى أن هذا النص يعد استثناء على مبدأ الحظر العام الذى فرضه المشرع الفرنسى على نظام الحلول الوصائى ، حيث نص صراحة فى المادة ٨٩٦ مدنى ، وبعبارة عامة ، على حظر جميع صور الحلول الوصائى ، ولم يستثن من هذا الحظر سوى ما نصت عليه المادتان ١٠٤٨ و١٠٤٩ بشأن التبرع من الآباء للأبناء أو لأبناء الإخوة والأخوات . ويلزم لتحقق الحلول الوصائى أولا وجود تبرعين متتاليين ، ثانيا فرض عبء على المتبرع إليه الأول ، يتمثل فى الاحتفاظ بالمال المتبرع به إليه طوال حياته ، وعدم التصرف فيه إلى الغير ، ثالثا انتقال المال إلى المتبرع إليه الثانى لحظة وفاة المتبرع إليه الأول .

راجع تفصيلا فى نظام الحلول الوصائى :

فوفقا لهذا النظام يجوز للوالدين الذين يهبوا أو يوصوا لبعض أو كل أبناءهم أن يشترطوا أيلولة المال الموهوب أو الموصى به إلى أبناء هؤلاء الأخيرين ، سواء الحاليين أو المستقبلين ، ممن يكونون من الدرجة الأولى فقط . والهدف من هذا النظام هو حصر المال ، المتبرع به ، في نطاق العائلة وضمان انتقاله إلى الذرية التالية ، ولا سبيل إلى تحقيق مثل هذا الهدف إلا بمنع التصرف فيه .

٧ - إجازة الشرط المانع من التصرف صراحة بمقتضى تعديل نص المادة ٩٠٠ مدني فرنسي :

تدخل المشرع الفرنسي بالقانون رقم ٧١ / ٥٢٦ الصادر في ٣ يوليو ١٩٧١ ، مضيفا إلى المادة ٩٠٠ مدني مادة جديدة مكرر هي المادة ٩٠٠ / ١ ، حيث اعترف بصحة شروط المنع من التصرف التي ترد في الهبة le donation أو الوصية le legs ، مرددا ذات الشروط التي كان القضاء يستلزم توافرها - قبل صدور هذا القانون - لصحة هذه الشروط ، الأمر الذي لا يصح معه القول إن هذا النص قد وضع حكما جديدا أو استحدث مبدأ عاما ، إذ لا يعدو ما فعله - فيما يتعلق بهذه الجزئية - سوى أنه قنن ما كان عليه القضاء من قبل (٧) .

وفي ذلك تنص المادة ٩٠٠ / ١ صراحة على أن " شروط المنع من التصرف الواردة على المال الموهوب أو الموصى به ، لا تكون صحيحة إلا إذا كانت مؤقتة ومبررة بمصلحة جدية ومشروعة " .

=M. GRIMALDI, droit civil, successions, 4er éd. , 1996, n° 365, p. 343 ; Jean- Louis BERGEL, op. Cit. n° 86, p. 89.

وفي الإشارة إليها في الفقه المصري : جلال محمد إبراهيم ، التعامل في التركات المستقبلة " دراسة مقارنة " ، ١٩٩٩ ، هامش رقم (٨٣) ص ٤٨ .

(7) P. JOURDAIN, Les biens, Dalloz, 1995, n° 56-1, p.74.

٨ - نطاق تطبيق المادة ٩٠٠ / ١ ، التبرعات دون المعاوضات - تعقيب :

يبدو ، بمجرد النظر فى هذا النص ، أنه قد ورد فى شأن الشروط المانعة من التصرف التى ترد فى التبرعات ، دون أن يشير إلى ما قد يرد من هذه الشروط في المعاوضات ، الأمر الذى يثير التساؤل عن تفسير هذا المسلك من جانب المشرع الفرنسى ، وكذلك عن مدى جواز امتداد تطبيق هذا النص إلى المعاوضات .

ولعل ما يفسر مسلك المشرع الفرنسى ، أن الشروط المانعة من التصرف أكثر ما ترد فى التبرعات un acte à titre gratuit ، دون المعاوضات un acte à titre onéreux ، إذ يندر فى العمل أن يرد الشرط المانع من التصرف فى المعاوضات ، كعقد البيع مثلا ، إذ ليس هناك ما يحمل المشترى - وقد دفع ثمن المبيع - على أن يقبل بوجود مثل هذا الشرط [٨] .

أما التبرعات ، فهى على العكس من ذلك ، تعد مجالا فسيحا لورود الشرط المانع من التصرف ، إذ لا يضير المتبرع إليه le gratifié شئ إن هو قبل بوجود مثل هذا الشرط ، فهو لم يبذل مقابلا لما تلقاه من مال .

ولكن هل يبرر مثل هذا التفسير مسلك المشرع الفرنسى ؟

---

[8] P. JOURDAIN, les biens, op.cit., n°56, p.73.

وانظر تطبيقا لذلك: Paris, 10 juin 1953, D. 1954, p. 9, note TUNC.

لا نعتقد ذلك ، وإنما نتفق مع بعض الفقه المصرى [٩] فى عدم تأييد مسلك المشرع الفرنسى ، فيما ذهب إليه من قصر النص فى المادة ٩٠٠ / ١ على الشروط المانعة من التصرف التى ترد فى التبرعات دون المعاوضات ، ونرى أنه كان من الأحرى به عدم التفرقة بين نوعى التصرف ، وضرورة النص عليهما معا .

ولذا نتفق مع الفقه الفرنسى فيما ذهب إليه من أنه يجوز للقضاء أن يمد نطاق تطبيق المادة ٩٠٠ / ١ إلى المعاوضات ، قياسا على التبرعات ، وأن يطبق عليها ذات الحلول التى كان يتبناها قبل صدور قانون ٣ يوليو ١٩٧١ [١٠] .

---

(٩) أبو زيد عبد الباقى مصطفى ، دراسة حول شروط المنع من التصرف ، بحث مقارن ، مجلة المحامى الكويتية ، السنة السابعة ، عدد يناير / فبراير / مارس ١٩٨٤ ، ص ٨٥ .

(10) P. JOURDAIN, op. cit., n° 56-3, p. 77.

أنظر عكس ذلك : أبو زيد عبد الباقى ، المرجع السابق ، ص ٨٤ وما بعدها . حيث يرى أن إغفال المشرع الفرنسى النص على ورود الشرط المانع من التصرف فى المعاوضات ، يعنى عدم جواز ورود هذا الشرط فى تلك التصرفات ، ومن ثم يعتبر كأن لم يكن إذا ورد فيها . ويستند هذا الرأى إلى حجتين ، تتعلق الأولى بالإرادة الصريحة للمشرع فى قصر النص – المادة ٩٠٠ / ١ مدنى فرنسى – على التبرعات وحدها ، دون التبرعات . وتتمثل الثانية فى رفض الاعتراف للقضاء بالاحتفاظ بقوته ، فى خصوص المعاوضات ، بعد العمل بهذا النص . ورغم وجاهة هذا الرأى ، إلا أننا لا نعتقد أن اقتصار النص على التبرعات دون المعاوضات ، يعنى بالضرورة بطلان الشرط المانع من التصرف ، الذى يرد فى الثانية ، لمجرد عدم النص عليها ، خاصة وأن النص حين تناول شروط المنع فى التبرعات ، لم يفعل ، فيما يتعلق بشروط صحتها ، سوى أن قنن ما كان عليه القضاء ، بأن يكون المنع لمصلحة مشروعة ولمدة مؤقتة ، فهل قصد الشرع الفرنسى – حقا – أن

٩ - (ب) فى القانون المصرى :

لم يكن المشرع المصرى أقل حرصا ، من نظيره الفرنسي ، على التأكيد على ضرورة احترام مبدأ حرية تداول الأموال ، فلم يورد فى التقنين المدنى القديم أى استثناء على هذا المبدأ .

وحين صدر التقنين المدنى الحالى ورد به استثناء واحد بشأن ملكية الأسرة (١١) ، حيث لا يجوز لأى شريك - من أعضاء الأسرة - أن يتصرف في نصيبه لأجنبى عن الأسرة إلا بموافقة الشركاء جميعا " (م ٨٥٣ مدنى) .

=يبطل شرط المنع من التصرف إذا ورد فى المعاوضات ، حتى ولو توافر فيه شرطا صحته ؟ نشك - جديا - فى أن يكون الجواب الحاسم عن ذلك بالإيجاب .

(١١) وقد نظم التقنين المدنى الحالى هذا النوع من الملكية - الذى لم يكن معروفا فى التقنين المدنى السابق - فى المواد من ٨٥١ إلى ٨٥٥ ، تهذيبا لقواعد سارية بين أعضاء الأسرة الواحدة ، في شأن الأموال الشائعة بينهم ، حيث أجازت المادة ٨٥١ من القانون المدنى " لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة ، أن يتفقوا كتابة على إنشاء ملكية للأسرة ، وتتكون هذه الملكية إما من تركة ورثوها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكا للأسرة ، وإما من أى مال آخر مملوك لهم اتفقوا على إدخاله فى هذه الملكية " . ووفقا للمادة ٨٥٢ / ١ مدنى يجوز أن تستمر هذه الملكية لمدة خمس عشرة سنة كحد أقصى ، كما يجوز - بشروط معينة - لكل شريك أن يخرج نصيبه من الملكية قبل انقضاء الأجل المتفق عليه إذا وجد مبرر قوى لذلك . كما يجوز لكل شريك ، إذا لم يكن للملكية المذكورة أجل معين ، أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن رغبته إلى الشركاء فى إخراج نصيبه (م ٨٥٢ / ٢) .

ولم يكن هناك بد ، أمام المشرع المصرى ، إزاء استقرار القضاء المصرى [١٢] على إجازة الشروط المانعة من التصرف ، سوى الاستجابة لهذا الاستقرار القضائى ، وتقنين ما جرى عليه القضاء ، وبالشروط التى وضعها ، فنظم أحكام الشرط المانع من التصرف فى نصين من التقنين المدنى :

النص الأول هو نص المادة ٨٢٣ والذى قضى بأنه " ١ - إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضى بمنع التصرف فى مال ، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع ومقصورا على مدة معقولة . ٢ - ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو الغير . ٣ - والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير " .

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع المصرى قد نص على أن الشرط المانع من التصرف قد يرد فى المعاوضات والتبرعات على حد سواء ، وهو بذلك تفادى ما أخذ على المشرع الفرنسى من قصره النص على ورود ذلك الشرط فى التبرعات دون المعاوضات .

أما النص الثانى فهو نص المادة ٨٢٤ مدنى ، التى حدد فيها المشرع جزاء مخالفة الشرط المانع من التصرف ، حيث قضى بأنه " إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد فى العقد أو الوصية صحيحا طبقا لأحكام المادة السابقة ، فكل تصرف مخالف له يقع باطلا " .

---

(١٢) استئناف أهلى ١٤ نوفمبر ١٩٢١ ، المجموعة الرسمية س ٢٣ رقم ٩٩ ص ١٥٣ ، المحاماة ٢ رقم ٦٣ ص ٢٠٧ ؛ استئناف أهلى ، ٧ مايو ١٩٢١ ، المحاماة ع ٢ رقم ٢٥ ص ٦٥ ؛ استئناف مصر الأهلية ، ١٠ يناير ١٩٢٨ ، المحاماة ع ٨ رقم ٤٨٦ ص ٧٩٦ ؛ استئناف ٢٠ يناير ١٩٢٣ ، المحاماة ٣ رقم ١٠٩ ص ١٦٢ .

المطلب الثانى

شروط صحة الشرط المانع من التصرف

١٠ - تمهيد :

يتضح مما سبق أن المشرع ، سواء فى فرنسا أو فى مصر ، قد قنن ما كان يجرى عليه القضاء فى كليهما من استلزام توافر شرطين أساسيين لصحة الشرط المانع ، هما أن يكون المنع من التصرف لمدة مؤقتة أو معقولة ، وأن يكون الغرض من المنع تحقيق مصلحة جدية ومشروعة .

١١ - الشرط الأول - أن يكون المنع من التصرف لمدة مؤقتة أو معقولة :

وهو ما تعبر عنه المادة ٨٢٣ مدنى مصرى أن المنع لمدة " معقولة " فى حين تعبر المادة ٩٠٠ / ١ مدنى فرنسى بأن المنع يجب أن يكون لمدة " مؤقتة " . ويعنى ذلك أن المشرع ، سواء فى مصر أو فى فرنسا ، لم يضع حدا أقصى لمدة المنع من التصرف ، وإنما ترك للقضاء سلطة تقدير معقولية مدة المنع ، أو تحديد ما إذا كانت هذه المدة مؤقتة أو مؤبدة ، بما يناسب كل حالة على حدة بحسب ملابساتها وظروفها ، وهو ما يعد معيارا مرنا للتمييز بين المنع المؤبد والمنع المؤقت .

ومع هذا يرى جانب من الفقه (١٣) ، أنه كان من الأولى أن يتولى المشرع بنفسه وضع حد أقصى للمنع ، لا يمكن تجاوزه ، بحيث تقتصر السلطة التقديرية للقضاء فى نطاق هذا الحد الأقصى ، وذلك خشية تحكم القاضى ، وتضارب أحكامه ، إن تركت له سلطة تقدير معقولية مدة المنع ، دون تحديد معيار حاسم لها من جانب المشرع ، فضلا عن أن المشرع قد

---

(١٣) أبو زيد عبد الباقى مصطفى ، المرجع السابق ، بند ٥١ ص ٦٢ .

أجاز المنع من التصرف خلافا للأصل العام ، واعترف به لضرورة ، والضرورة تقدر بقدرها ، من جانب المشرع وحده .

١٢ - تقدير موقف المشرع ، سواء فى مصر أو فى فرنسا ، إزاء تحديد مضمون هذا الشرط :

أشرنا حالا إلى أن المشرع المصرى عبر عن هذا الشرط بأن مدة المنع يجب أن تكون " معقولة " ، بينما عبر المشرع الفرنسى عن ذلك بأن مدة المنع يجب أن تكون " مؤقتة " .

ونعتقد ، مع البعض [١٤] ، أن عبارة المشرع المصرى أكثر دقة ومرونة ، من تلك التى استخدمها المشرع الفرنسى ، فمعقولية مدة المنع ، تستتبع كونها مؤقتة ومعقولة فى ذات الوقت ، فى حين أن الاكتفاء فى مدة المنع بأن تكون مؤقتة ، لا يعنى بالضرورة أنها معقولة ، لأنها قد تزيد عن قدر الحاجة التى دعت إلى المنع ، فلا تكون معقولة رغم أنها مؤقتة .

١٣ - متى يعد المنع من التصرف مؤقتا ؟

إذا كان المنع من التصرف يقع باطلا إذا كان مؤبدا ، نزولا على مبدأ حرية تداول المال ، وهو مبدأ متعلق بالنظام العام [١٥] . فإن التساؤل يثور عن موقف المشرع إزاء تحديد معقولية مدة المنع أو تأقيتها .

---

[١٤] طلبة خطاب ، محمد نصر الدين منصور ، الحقوق العينية الأصلية . حق الملكية فى التقنين المدنى المصرى ، ٢٠٠٠ ، ص ٧٧ وما بعدها .

[١٥] مع ملاحظة أن المادة ٩٠٠ / ١ مدنى فرنسى فى الفقرة الثانية ، تستثنى من هذا الحكم ، التبرعات التى تصدر لأشخاص معنوية ، أو لأشخاص طبيعية تكون أشخاصا معنوية . وقد نصت على ذلك بقولها :

" les dispositions du présent article ne préjudicient pas aux libéralité consenties à des personnes morales ou même à des personnes physiques à charge de constituer des personnes morales" .

وفقا لصريح نص الفقرة الثالثة من المادة ٨٢٣ مدنى تعتبر مدة المنع مؤقتة أو معقولة إذا استغرقت مدى حياة المتصرف أو الغير ، وهو ما عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية أيضا ، حيث لا يوجد نص صريح فى هذا الشأن . ولذلك قضت هذه الأخيرة بصحة الشروط التى تمنع المتبرع إليه من التصرف طوال حياة المتبرع الذى يزيد عمره عن عمر المتبرع إليه (١٦) .

أما إذا كانت مدة المنع تستغرق حياة المتصرف إليه ، فإنها تعد ، وفقا لصريح نص المادة ٨٢٣ / ٣ ، مدة معقولة . وقد أكدت محكمة النقض المصرية على صحة المنع من التصرف الذى يتقرر لحياة المتصرف إليه ، حيث قضت بأنه " متى استخلص الحكم من عبارات الوصية فى استدلال سائغ أن الباعث على حظر التصرف الموقوت بحياة الموصى إليها ، هو حمايتها وتحقيق مصلحتها بما لا خروج فيه على قواعد النظام العام ، فإن هذا الذى انتهى الحكم لا ينطوى على خطأ فى تطبيق القانون " (١٧) .

ومع ذلك فالبعض (١٨) يتساءل - بحق - كيف تعد المدة معقولة إذا كانت تؤدى إلى حرمان المتصرف إليه من التصرف طيلة حياته ؟

---

(16) Cass. civ., 20 avril 1858, préc. ; Cass. req.. 27 juil 1863, préc. ; Cass. civ.1ère, 8 janv. 1975 : *Bull. civ.* I. n°8; *JCP* 1976, éd.G, II, n°18240, note H. Thuillier ; Cass. civ.1ère. 20 nov 1985 : *Bull.civ* I, n°313 ; *RTDciv.* 1986, p.620, obs. J. Patarin.

(١٧) نقض ١٩ يناير ١٩٧٧ ، طعن ٧ س ٤٢ ق .

(١٨) محمد شكرى سرور ، موجز تنظيم حق الملكية ، سالف الإشارة ، بند ٤٧١ ص ٢٩٣ وما بعدها .

ولذلك يفسر بعض الفقه [١٩] معنى هذه الفقرة من المادة ٨٢٣ بأن المقصود هو جواز تقييد مدة المنع بمدة معينة من السنين ، قد تكون معقولة ، ومن ثم يكون الشرط صحيحا ، حتى لو تبين فيما بعد أن هذه المدة قد استغرقت بالفعل حياة المتصرف إليه ، أما النص فى العقد أو الوصية على حرمان المتصرف إليه مدى حياته من التصرف ، فهذا ما لا يجوز [٢٠] . ويستند هذا التفسير إلى أن حكم هذه الفقرة وارد على سبيل

---

(١٩) عبد المنعم البدراوى ، حق الملكية ، الملكية بوجه عام وأسباب كسبها ، ١٩٩٤ ، بند ٦٥ ص ٩٤ .

(٢٠) ويخالف أغلب الفقه المصرى هذا التفسير ، حيث يرى أن هذا التفسير ليس له محل أمام صراحة النص التى تجيز تحديد مدة المنع ابتداء بحياة المتصرف إليه . راجع : السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى ، منشأة المعارف ، ط ٢٠٠٤ ، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغى ، ج ٨ ، حق الملكية ، هامش (١) ص ٤٥٠ ؛ اسماعيل غانم ، حيث يرى سيادته (الحقوق العينية الأصلية ، ج ٢ ، هامش ١ ص ٧٧ وما بعدها) أن عبارة أن المدة المعقولة يجوز أن تستغرق حياة المتصرف إليه تنصرف إلى الحالتين معا ، أى حالة اشتراط المنع لمدى حياة المتصرف إليه ، وحالة المنع لمدة معينة ، يتوفى المتصرف إليه قبل انقضائها ، فتكون بذلك قد استغرقت حياته ، وأنه لو أريد بالنص هذا المعنى الأخير ، وحده ، لما كانت له جدوى ، إنما جدواه فى الحالة الأولى ، وهى التى تشككت محكمة النقض الفرنسية فى صحتها هذا فضلا عن أن العبرة فى بحث شروط صحة الشرط المانع من التصرف ، إنما تكون حال حياة المتصرف إليه لا بعد وفاته ، ومن ثم فيكون المقصود بعبارة أن المدة المعقولة يجوز أن تستغرق حياة المتصرف إليه هو تقرير قاعدة مرنة تجيز للقاضى أن يقرر فى كل حالة على حدة ما إذا كان اشتراط المنع من التصرف طول حياة المتصرف إليه يعتبر اشتراطا لمدة معقولة أم لا . وفى ذات الاتجاه يذهب بعض الفقه (حسن كيرة ، الموجز فى أحكام القانون المدنى . الحقوق العينية الأصلية : أحكامها ومصادرها ، ط ٤ ، منشأة المعارف ، ١٩٩٥، بند ٥٧ ص ١٢٤) إلى أن المنع يكون صحيحا ، حتى لو اشترط لمدى حياة المتصرف إليه

الجواز إذ أنها تقضي بأن المدة المعقولة يجوز أن تستغرق حياة المتصرف إليه . ويتفق هذا التفسير مع مسلك محكمة النقض الفرنسية فيما تقضى به من اعتبار الشروط التى تمنع المتبرع إليه من التصرف فى المال المتبرع به طيلة حياته شروطا مؤبدة ، ومن ثم باطلة (٢١) .

١٤ - الشرط الثانى - أن يكون الغرض من المنع من التصرف تحقيق مصلحة جدية ومشروعة :

وتقتضى دراسة هذا الشرط أن نعرض لموقف المشرع ، سواء فى مصر أو فى فرنسا لمضمونه ، وتقدير هذا الموقف . ثم تحديد نوع المصلحة التى يرمى الشرط المانع من التصرف إلى تحقيقها . وأخيرا نعرض لحالة زوال المصلحة أو ظهور مصلحة أخرى أكثر أهمية . ونتناول هذه المسائل تباعا فيما يلى :

١٥ - تقدير موقف المشرع ، سواء فى مصر أو فى فرنسا ، إزاء تحديد مضمون هذا الشرط :

استلزم المشرع المصرى فى المادة ٨٢٣ مدنى لصحة الشرط المانع من التصرف أن يكون مبنيا على " باعث مشروع " ، بينما اشترط المشرع الفرنسى فى المادة ٩٠٠ / ١ أن يكون المنع مستندا إلى " مصلحة جدية ومشروعة " .

=ابتداء ، ما دامت هذه المدة تعتبر معقولة بالنظر إلى طبيعة المصلحة المقصود حمايتها والظروف المحيطة بالمنع .

(21) Cass. req., 19 mars 1877 : DP 1879, 1, p.455, rapp. Barafort ; Cass. civ., 8 nov 1897 : DP 1898, 1, p.47 ; Cass. civ., 24 janv 1899 : DP 1900, 1, p.533 ; Cass. civ., 16 mars 1903 : DP 1905, 1, p.126 ; CA Paris, 1er juill. 1961 : D 1962, p.13.

ويلاحظ أن المشرع المصرى أخذ بفكرة " الباعث " ، وهى فكرة ذاتية تقوم على اعتبارات شخصية محضة ، بينما أخذ المشرع الفرنسى بفكرة " المصلحة " ، وهى تستند إلى اعتبارات موضوعية .

ونتفق ، مع جانب من الفقه [٢٢] ، فى أن المشرع الفرنسى كان أكثر توفيقا ، فى التعبير عن هذا الشرط ، من المشرع المصرى ، لما تتميز به فكرة المصلحة من تحديد ودقة ، ولعل هذا ما حدا بالمشرع المصرى إلى الاستعانة بفكرة المصلحة فى الفقرة الثانية من المادة ٨٢٣ حين اعتبر الباعث مشروعا إذا كان الغرض من المنع حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير .

وثمة ملاحظة أخرى على تعبير المشرع المصرى بأن الباعث يجب أن يكون " مشروعا " ، ولم يستلزم فيه - كما فعل المشرع الفرنسى - أن يكون " جديا " . ففى تقديرنا أن الاكتفاء بفكرة مشروعية الباعث دون اشتراط جديته ، لا يضيف جديدا ، ولا خصوصية للشرط المانع من التصرف فى ذلك ، إذ يلزم فى السبب دائما ، وفقا للقواعد العامة ، أن يكون مشروعا (م ١٣٦ مدنى مصرى) ، حيث تظهر أهمية فكرة الباعث فى هذا الشأن ، باعتباره عنصرا يدخل فى تكوين السبب [٢٣] .

---

(٢٢) أبو زيد عبد الباقى مصطفى ، المرجع السابق ، بند ٤٥ ص ٥٣ .

(٢٣) عبد الفتاح عبد الباقى ، نظرية العقد والإرادة المنفردة . دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامى ، ١٩٨٤ ، بند ٢١٦ ص ٤٥٧ ؛ إبراهيم الدسوقى أبو الليل ، الحقوق العينية الأصلية ، ج ١ ، أحكام الملكية ، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩٠ ، هامش رقم ١ ص ١١٢ . ويشير سيادته إلى أن المشرع الكويتى كان أدق تعبيرا حين اشترط فى الباعث أن يكون " قويا " ، بينما يذهب البعض الآخر (أبو زيد عبد الباقى ، المرجع السابق ص ٥٤) إلى أن المشرع الكويتى ، باستخدامه هذا التعبير ، قد خانه التوفيق ،

ولذلك ، نعتقد أن مضمون هذا الشرط ، ينصرف إلي ضرورة أن تكون المصلحة المقصود تحقيقها ، مصلحة جدية ومشروعة .

١٦ - نوع المصلحة المقصود تحقيقها من الشرط المانع من التصرف :

قد يرمى الشرط المانع من التصرف إلى تحقيق مصلحة للمتبرع ذاته أو للمتبرع إليه أو للغير .

فمن ناحية أولى قد تكون المصلحة المقصود تحقيقها هى مصلحة المتبرع ، وهى إما أن تكون مادية أو أدبية .

١٧ - (أ) المصلحة المادية :

ومن أمثلتها أن يشترط المتبرع عدم التصرف فى المال المتبرع به ، ضمانا لحقه فى الرجوع فى الهبة ، سواء كان رجوعا قانونيا [٢٤] أو اتفاقيا [٢٥] . ومن أمثلتها كذلك ، أن يشترط المتبرع المنع من التصرف ضمانا لوجود إيراد مدى الحياة له une rente viagère [٢٦] .

١٨ - (ب) المصلحة الأدبية :

ومثالها تحقيق رغبة المتبرع فى عدم التعامل مع شخص أجنبى ، كأن يشترط على المتبرع إليه عدم التصرف فى المال حتى يكون له - أى

=لأنه اكتفى - خلافا للمشرع المصرى - باشتراط أهمية المصلحة دون مشروعيتها ، حين لم ينص صراحة على ضرورة مشروعية المصلحة .

(24) Cass. civ., 20 avril 1858, préc. ; CA Angers, 29 juin 1842, préc. ; CA Angers, 18 déc. 1878 : DP 1879, 2, p.172 ; S. 1879, 2, p.322.

(25) Cass. civ., 26 janv.1956 : *Bull. civ.*I, n°37.

(26) Cass. civ.1ère, 20 juill. 1982 : *Bull. civ.*I, n°267 ; *RTDciv.* 1983, p.376, obs. J. Patarin ; CA Nancy, 24 déc. 1869 : DP 1872, 2, p.57.

للمتبرع – حق الانتفاع أو حق السكنى ، حيث يفضل المتبرع أن يتعامل مع المتبرع إليه مباشرة ، دون الاضطرار إلى التعامل مع شخص أجنبى .

ويشكك البعض (٢٧) فى مشروعية هذه المصلحة ، باعتباره من قبيل المصادرة على المطلوب ، لأنه لا يعبر إلا عن مجرد رغبة شخصية لدى المتبرع .

غير أن القضاء قد أكد على مشروعية هذه المصلحة (٢٨) ، احتراما لإرادة المتبرع فى أن يحتفظ بملكية المال طيلة حياته (٢٩) ، حتى ولو كان السبيل إلى ذلك عدم خروج المال من ذمة أحد أفراد أسرته المباشرين (٣٠) .

وفى اعتقادنا أن مثل هذه المصلحة كافية لإسباغ الصحة على الشرط المانع من التصرف ، إذ ليس صحيحا ، كما يذهب بعض الفقه (٣١) بحق ، أن المصلحة الأدبية تكون – فى كل الحالات – تافهة أو قليلة الأهمية ، بل هى فى كثير من الأحيان ، تفوق فى أهميتها أهمية المصلحة المادية . هذا فضلا عن أن مؤدى القول بغير ذلك إهدار شرط المصلحة فى حالات كثيرة ، لأن الغالب فى المصلحة التى يرمى الشرط المانع من التصرف إلى تحقيقها أن تكون مصلحة معنوية .

---

(27) A. Sériaux, op. cit.n°15.

(28) Cass. civ.1ère, 10 juill. 1990, préc. et Cas. civ.1ère, 15 juin 1994, préc.

(29) Cass. req., 17 mars 1925 : S. 1927, 1, p.281.

(30) Cass. civ.1ère, 20 nov. 1985, loc. cit.n°133.

(٣١) أبو زيد عبد الباقى ، المرجع السابق ، بند ٤٦ ص ٥٥ .

ومن ناحية ثانية قد تكون المصلحة المقصود تحقيقها هى مصلحة المتبرع إليه ذاته . كأن يقصد المتبرع حمايته من أن يفقد المال المتبرع به لطيشه أو قلة خبرته (٣٢) .

ومن ناحية ثالثة قد تكون المصلحة المقصودة من الشرط المانع من التصرف هى مصلحة الغير ، كأن يشترط المتبرع أن يؤول إلى زوجه ، فى حالة وفاته ، إيراد مرتب مدى الحياة (٣٣) (٣٤) .

١٩ - حكم زوال المصلحة ، التى قام عليها المنع من التصرف ، أو ظهور مصلحة أكثر أهمية :

٢٠ - (أ) فى القانون الفرنسى :

استحدث المشرع الفرنسى فى المادة ٩٠٠ / ١ مدنى حكما جديدا ، بمقتضاه خول المتصرف إليه ، سواء كان موهوبا له أو موصى له ، فى أن يطلب - فى حالات معينة - من القضاء ، الإذن له بالتصرف فى المال المشترط عدم التصرف فيه ، ومن ثم رفع المنع من التصرف .

وقد كان الهدف من هذا التدخل التشريعى هو الحد من حبس العقارات l'immobilisation des immeubles ، حيث يجوز للمتصرف إليه

---

(32) Cass. req., 23 mars 1903 : DP 1903, 1, p.337, note M. Planiol ; S. 1904, 1, p.225, note Tissier.

(33) Cass. civ., 12 juill. 1965 : DP 1865, 1, p.475 ; Cass. req., 9 mars 1868 : S. 1868, 1, p.204 ; Cass.civ., 16 mars 1903 : DP 1905, 1, p.126.

(٣٤) وأخيرا قد تكون المصلحة المقصودة من الشرط المانع من التصرف مصلحة عامة ، كضمان حسن إدارة الوقف assurer le fonctionnement d'une foundation .

راجع : Cass. civ., 19 oct. 1965 : D. 1966, p.24 ; *RTDciv*. 1966, p.328, obs. R. Savatier.

، سواء كان موهوبا له أو موصى إليه ، أن يستصدر إذنا من القضاء برفع المنع من التصرف le relever de l'interdiction d'aliéner .

وفى هذا يقضى نص المادة ٩٠٠ / ١ مدنى فرنسى بأنه " يجوز أن يؤذن قضائيا لكل من الموهوب له أو الموصى له بالتصرف فى المال إذا زالت المصلحة التى كانت تبرر الشرط ، أو إذا طرأت مصلحة أخرى أكثر أهمية تقتضى ذلك " (٣٥) .

ووفقا لهذا النص يجوز طلب رفع المنع من التصرف فى حالتين ، الأولى هى زوال المصلحة التى كان يستند إليها الشرط المانع من التصرف ويرمى إلى تحقيقها ، والثانية هى أن تطرأ مصلحة أخرى أكثر أهمية من تلك التى قام الشرط على أساسها .

ويلاحظ أن المتصرف إليه ، وفقا لهذا النص المستحدث ، لا يلتزم ، فى حالة الإذن له بالتصرف ، باستبدال المال المأذون بالتصرف فيه بمال آخر يحل محله .

إجمالا ، يمكن القول إن طلب المتصرف إليه من القضاء الإذن له بالتصرف ، يستند ، فى القانون الفرنسى ، إلى نص صريح .

٢١ - (ب) فى القانون المصرى :

إذا كان المشرع الفرنسى - على ما بينا حالا - قد واجه هذا الفرض بنص صريح ، فالحال ليس كذلك فى القانون المصرى ، حيث لا يوجد مثل هذا النص الصريح ، ولذلك فإنه يجدر التساؤل - فى هذا القانون الأخير -

---

(٣٥) وقد جاء نص المادة كالتالى :

" le donataire ou le légataire peut être judiciairement autorisé à disposer du bien si l'intérêt qui avait justifié la clause a disparu ou s'il advient qu'un intérêt plus important l'exige".

عن حكم زوال المصلحة الجدية التى قام عليها الباعث المشروع المبرر للمنع من التصرف ، أو ظهور مصلحة أخرى أكثر أهمية .

فهل يجوز – فى مثل هذه الأحوال – للمتصرف إليه أن يطلب من القضاء رفع المنع من التصرف ؟ .

رغم خلو القانون المصرى من نص صريح فى هذا الشأن ، إلا أن الفقه [٣٦] تعرض لمسألة طروء ظروف تستلزم الإذن للمتصرف إليه بالتصرف .

وقد أجاز البعض ذلك للمتصرف إليه ، فيما لو رفض المتصرف الإذن له بالتصرف ، ففى هذه الحالة يجوز للمتصرف إليه أن يطلب ذلك من القاضى ، ويجوز لهذا الأخير أن يأذن له ، متى كان لذلك مقتضى ، حيث يجب التحقق من جدية الظروف التى تدعو إلى الإذن [٣٧] . من ذلك مثلا أن يكون المال المشترط عدم التصرف فيه منزلا يتهدده السقوط ، فيجوز للمتصرف إليه – إذا لم يأذن له المتصرف – أن يلجأ إلى القضاء يطلب الإذن منه بالتصرف ، ويكون للقضاء ذلك متى تحقق من جدية المبررات التى يستند إليها طلب الإذن بالتصرف .

---

(٣٦) عبد المنعم فرج الصدة ، حق الملكية ط ٢ ، ١٩٦٤ ، بند ١١٥ ص ١٧٦ ؛ محمد شكرى سرور ، موجز تنظيم حق الملكية فى القانون المدنى المصرى ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠ ، بند ٤٦٨ ص ٢٩١ .

(٣٧) أحمد سلامة ، الملكية الفردية فى القانون المصرى ، (١) ط ١ ، ١٩٧٠ ، دار النهضة العربية ، بند ٤٦ ص ١٤٩ وما بعدها ؛ إسماعيل غانم ، المرجع السابق ، بند ٤١ ص ٨٩ ؛ إبراهيم الدسوقى أبو الليل ، الحقوق العينية الأصلية ، ج ١ ، أحكام الملكية ، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩٠ ، ص ١١٤ .

ويكون الإذن للمتصرف إليه بالتصرف فى هذه الحالـة - وخلافـا للوضع فى القانون الفرنسى - مقترنا بإلزامه باستبدال مال آخـر بالمـال المأذون بالتصرف فيه ، حيث يحل المال المستبدل حلولا عينيا محل المـال الأصلى فيمتنع التصرف فى المال الجديد [٣٨] .

بينما ذهب البعض الآخر [٣٩] إلى إنكار أن تكون للقاضى - بدون نص صريح - مثل هذه السلطة ، ويستند هذا الرأى ، من ناحية أولى ، إلى أن الاعتراف بمثل هذه السلطة للقاضى يخالف مبدأ القوة الملزمـة للعقـد ، كما ينطوى على افتئات على إرادة المتصرف . ومن ناحية أخرى ، يـذهب هذا الرأى إلى أن تخويل القاضى سلطة رفع المنع ، يحمل معنى أن الشرط الذى كان صحيحا ، قبل رفع المنع ، أصبح باطلا ، وهـو مـا لا يتصـور وقوعه .

وفى اعتقادنا ، أنه رغم وجاهـة هـذا الـرأى الأخيـر ، إلا أنـه مردود : فليس صحيحا أن التسليم للقاضى بمثل هذه السلطة ينطوى علـى مخالفة لمبدأ القوة الملزمة للعقد ، فما الفارق بين شرط مانع من التصرف لم تجتمع شروط صحته من وقت اشتراطه ، وبين شرط مانع زالت عنه أحـد هذه الشروط بعد أن قام صحيحا ؟ فلماذا يجوز القضاء بـبطلان الأول دون الثانى ، والحال أن كليهما جدير بالبطلان ؟ .

كما أنه لا محل للقول بأن إذن القضاء بالتصرف ، بناء على طلـب المتصرف إليه ، ينطوى على افتئات على إرادة المتصرف ، فهذه الأخيرة لا تكون جديرة بالرعاية والاحترام - بحسب نص المادة ٨٢٣ - إلا حيث يكون

---

(٣٨) راجع فى هذه المسألة : منصور مصطفى منصور ، نظرية الحلول العينى ، رسالة القاهرة ، بند ١١٢ .

(٣٩) محمد شكرى سرور ، المرجع السابق ، ذات الموضع .

شرط المنع صحيحا ، أى توافرت له شروط صحته ، فإذا زالت هذه الأخيرة ، فلا معنى للإبقاء على شرط المنع من التصرف ، بزعم احترام إرادة المتصرف .

ثم ما هى المصلحة فى أن يظل شرط المنع ، محتفظا بقيمته ، بعد أن زالت عنه مبررات وجوده ، لا سيما وأن شرطى صحته يلزم توافرهما لا لقيام شرط المنع فحسب ، بل لبقاءه أيضا ، ومن ثم تدور صحته وجودا وعدما مع استمرار قيام هذين الشرطين .

من أجل ذلك ، نرى مع الرأى الأول ، أنه يجوز للمتصرف إليه طلب الإذن بالتصرف ، كما يجوز للقاضى أن يأذن له بذلك .

٢٢ - جزاء تخلف أحد الشرطين السابقين :

إذا لم يتحقق أى من الشرطين السابقين ، كان الشرط المانع من التصرف باطلا ، ولا يستتبع ذلك بطلان التصرف الذى ورد فيه ، إلا إذا لم يكن هذا الأخير ليتم لولا هذا الشرط ، وذلك إعمالا للقواعد العامة الواردة فى المادة ١٤٣ مدنى والتى تقضى بأنه " إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير هذا الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للإبطال ، فيبطل العقد كله " (٤٠) .

٢٣ - حكم مخالفة الشرط المانع من التصرف :

يترتب على مخالفة الشرط المانع من التصرف ، بطلان التصرف المخالف ، وهو ما نصت عليه صراحة المادة ٨٢٤ مدنى من أنه " إذا كان

---

(٤٠) وسنعود لاحقا إلى تفصيل هذه المسألة . راجع ما يلى تحت عنوان : بطلان الشرط المانع من التصرف ، ص ١٤٢ وما بعدها .

شرط المنع من التصرف الوارد فى العقد أو الوصية صحيحا ، طبقا لأحكام المادة السابقة ، فكل تصرف مخالف له يقع باطلا " .

وعلى العكس من مسلك المشرع المصرى الذى أفصح صراحة ، بهذا النص ، عن أن البطلان هو جزاء مخالفة الشرط المانع من التصرف ، لم يشر المشرع الفرنسى فى نص المادة ٩٠٠ / ١ إلى هذا الجزاء [٤١] ، وإن كان القضاء هناك قد أكد عليه فى العديد من أحكامه [٤٢] .

وإذا كان البطلان مسلم به كجزاء مخالفة الشرط المانع من التصرف ، إلا أن جدلا عنيفا قد ثار فى الفقه ، سواء المصرى أو الفرنسى [٤٣]

---

(41) François Terré et Philippe Simler, Droit civil, les biens, 5e éd. 1998, n° 122, p.103 .

وقد لاحظ بعض الفقه الفرنسى على تشريع ٣ يوليو ١٩٧١ الذى استحدث المادة ٩٠٠ / ١ ضمن نصوص القانون المدنى أنه – إلى جانب إغفاله النص على جزاء مخالفة المنع – لم يتعرض كذلك إلى تنظيم آثار الشرط حين يكون مستوفيا شروط صحته ، تاركا للقضاء مهمة معالجة هذه المسائل . راجع :

Alain SERIAUX, clauses d'inaliénabilité, juris-classeur; Art.900-1, fascc. 40, n°5.

(42) Req. 16 janv. 1923, DP, I, p.177, note E.R. ; Rouen, 5 avr. 1905, s. 1907, 2, 225, note Tissier.

(٤٣) فقيل إن المنع من التصرف انتقاص من أهلية المتصرف إليه الممنوع من التصرف . وقيل إنه يؤدى إلى التزام بامتناع عن عمل يقع على عاتق الممنوع من التصرف . كما قيل إنه تكليف عينى على المال الممنوع التصرف فيه ، على خلاف بين أنصار هذا الرأى فى أنه يؤدى إلى عدم خروج المال من دائرة التعامل أو خروجه منها . وأخيرا قيل إنه تعديل اتفاقى للنظام العادى للملكية بمقتضى إرادة الأفراد التى خولها القانون سلطة هذا التعديل . راجع فى استعراض هذه الآراء ومناقشتها تفصيلا :

السنهورى ، الوسيط ج ٨ ، بند ٣٢٢ ص ٤٥٥ وما بعدها ؛ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، بند ٣٩ ص ٨٢ وما بعدها ؛ منصور مصطفى منصور ، حق الملكية فى القانون المدنى المصرى ، مكتبة وهبة ، ١٩٦٥ ، بند ٤٧ ص ١٠٧ وما بعدها ؛

حول تحديد طبيعة هذا البطلان ، وتحديد الطبيعة القانونية للشرط المانع من التصرف ، فى ضوء هذا الجزاء .

والراجح أنه بطلان من نوع خاص (٤٤) تأسيسا على أن المنع من التصرف تعديل اتفاقى للنظام العادى للملكية بمقتضى إرادة الأفراد التى خولها القانون سلطة هذا التعديل (٤٥) .

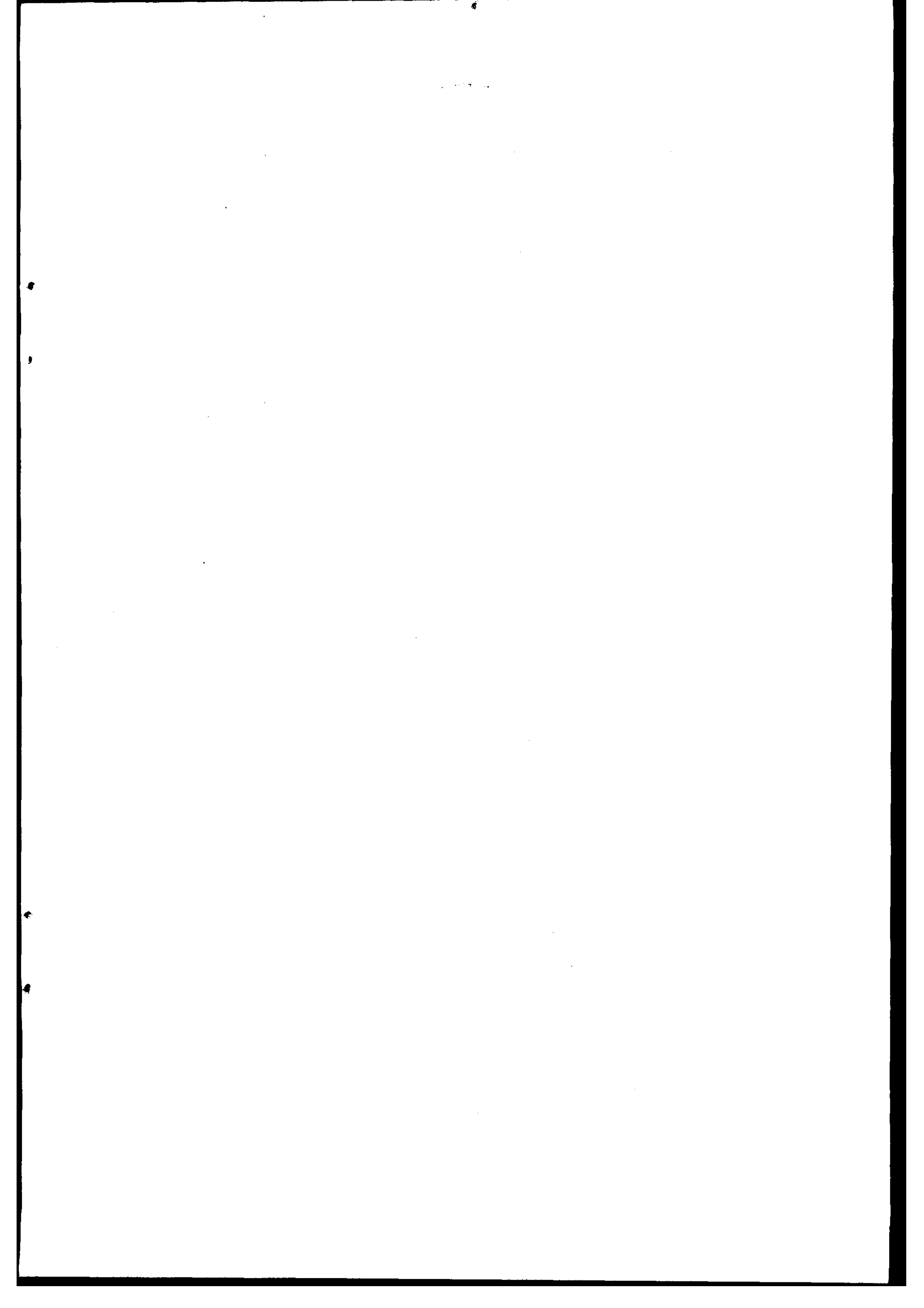
=عبد الفتاح عبد الباقى ، دروس الأموال ، مكتبة القاهرة الحديثة ، بدون تاريخ ، بند ١١٨ ص ١٦٢ وما بعدها ؛ محمد على عرفة ، الأموال ، بند ٢٦٧ ص ٣٦٥ وما بعدها ؛ عبد المنعم فرج الصدة ، حق الملكية ، ط ٢ ، ١٩٦٤ ، بند ١١٣ ص ١٧١ وما بعدها ؛ حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص ١٢٦ وما بعدها ؛ محمد شكرى سرور ، المرجع السابق ، ص ٢٩٨ وما بعدها ؛ أبو زيد عبد الباقى مصطفى ، بحثه سالف الإشارة ، ص ٦٦ وما بعدها ؛ محمد فوزى ، الشرط المانع من التصرف فى حق الملكية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة عين شمس ١٩٩٤ ، ص ٥٣ وما بعدها .

P. JOURDAIN, les biens, 1995, n°56-2, p. 75 et s. ; F. Terré et Ph. Simler, op. Cit., n° 122, p. 103 et s. ; Alain SERIAUX, clauses d'inaliénabilité, juris-classeur; Art.900-1, fascc. 40, n°7.

(٤٤) إذ لا تتحقق فيه خصائص البطلان المطلق حيث لا يستطيع التمسك به إلا من وضع الشرط لمصلحته . كما لا تتحقق فيه خصائص البطلان النسبى لأن هذا الأخير يتقرر لمصلحة أحد المتعاقدين ، بينما بطلان التصرف المخالف قد يتقرر لمصلحة الغير أو لمصلحة المتصرف ، وكلاهما ليس طرفا فى التصرف المخالف . هذا فضلا عن أن إجازة التصرف الباطل تزول بإجازة من تقرر الإبطال لصالحه ، كأن يكون قاصرا قليل الخبرة ، فى حين أن مثل هذه الإجازة لا تكفى إلا إذا صدرت معها إجازة من المتصرف تحقيقا للغرض المقصود من الشرط ، وهو حماية المتصرف إليه من طيشه وقلة خبرته .

(٤٥) منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق ، بند ٤٩ ص ١١٥ وما بعدها وكذلك ص ١١٣ ؛ محمد لبيب شنب ، الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية ، ط ٢ ، ١٩٩٧ (وكلاهما يؤسس بطلان التصرف المخالف للمنع من التصرف على أساس أن هذا الأخير عدم تصرف عينى فى المال الممنوع التصرف فيه ، ويؤكد أستاذنا الدكتور منصور مصطفى منصور ص ١١٣ أن هذا التأسيس لا يختلف سوى فى التعبير

=عن القول بأن المنع من التصرف تعديل اتفاقى فى النظام العادى الملكية) ؛ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٨٧ ويؤكد سيادته أن الأدوات التقليدية (نقص الأهلية ، الالتزام بامتناع عن عمل ، التكليف العينى) عاجزة عن تحقيق الهدف من الشرط المانع من التصرف وهو حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير ، الأمر الذى يستلزم اصطناع أداة جديدة مؤداها أنه يتضمن التعديل فى أحكام الملكية ، عن طريق تقييد سلطات المالك ؛ عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، بند ١١٣ ص ١٧١ وما بعدها ، وكذلك بند ١١٥ ص ١٧٦ وما بعدها ؛ حسن كيرة ، ص ١٣١ وما بعدها ؛ محمد شكرى سرور ، المرجع السابق ، بند ٤٨٥ ص ٣٠١ ؛ عبد الناصر توفيق العطار ، شرح أحكام حق الملكية ، ص ٩١ ؛ أبو زيد عبد الباقى مصطفى ، بحثه سالف الإشارة ، ص ٧٧ وما بعدها (ويذهب سيادته إلى أساس البطلان المنصوص عليه فى المادة ٨٢٤ ، وهو بطلان من نوع خاص ، هو الضرورات العملية التى أملته ودعت إلى الأخذ به ، بعيدا عن أى من الأنظمة القانونية المعروفة . راجع بند ٦٤ ص ٨١) .



الباب الأول
مبدأ عدم القابلية للحجز
كأثر للشرط المانع من التصرف

٢٤ - تمهيد وتقسيم :

لا شك فى أن مصلحة الدائن تقتضى منه أن يسعى نحو الحجز على مال مدينه محل المنع من التصرف ، إذ الشرط المانع من التصرف لا ينبغى أن يقيد - فى تقدير الدائن - سوى المدين المتصرف إليه نفسه ، فالمنع يتعلق بهذا الأخير وحده دون دائنيه الذين لا تربطهم بالمتصرف le disposant أية صلة .

ولكن يقف عقبة فى سبيل هذا السعى المبدأ المستقر الذى مؤداه أن عدم جواز التصرف l'inaliénabilité يستتبع عدم جواز الحجز l'insaisissabilité ، ومن ثم يمتنع على الدائن الحجز على المال محل المنع من التصرف le bien inaliénable .

وإزاء هذا المأزق ، فإنه يتعين على الدائن أن يثبت أهمية مصالحه التى يهددها الشرط المانع من التصرف ، الذى يخرج المال من ضمان الدائنين .

ولما كان المشرع الفرنسى يجيز للمتصرف إليه أن يستأذن القضاء فى أن يتصرف فى المال المشترط عدم التصرف فيه ، إذا تحققت شروط معينة ، فإنه يثور التساؤل عما إذا كان من الجائز لدائن المتصرف إليه أن يستعمل حق مدينه فى أن يفيد من هذه الرخصة المخولة لهذا الأخير ، عن طريق الدعوى غير المباشرة l'action oblique ، وفقا لنص المادة ١١٦٦ من التقنين المدنى الفرنسى ، ومن ثم يمكنه رفع المنع من التصرف ، وما يستتبعه ذلك من زوال عدم جواز الحجز .

وقد انقسم الرأى إزاء هذه المسألة ، حيث يذهب اتجاه إلى التسليم لدائن المتصرف إليه في اللجوء إلى هذه الوسيلة ، بينما يرفض اتجاه آخر ، على رأسه محكمة النقض حديثا ، اللجوء إلى هذه الوسيلة .

وعلى ذلك فإننا نقسم الدراسة فى هذا الباب إلى فصلين على النحو التالى :

الفصل الأول : مبدأ عدم جواز الحجز مباشرة على المال الممنوع التصرف فيه .

الفصل الثانى : مدى إمكانية اللجوء إلى الدعوى غير المباشرة لرفع المنع من التصرف .

الفصل الأول
مبدأ عدم جواز الحجز مباشرة
على المال الممنوع التصرف فيه

٢٥ – تمهيد وتقسيم :

من المستقر أن دائن المتصرف إليه لا يجوز له الحجز مباشرة على المال محل المنع من التصرف ، وهذا الأصل يخول المتصرف ميزة فى مواجهة دائن المتصرف إليه الذى يجد نفسه مضطرا ، إما إلى اللجوء إلى وسائل ملتوية للوصول إلى هذا المال ، أو الانتظار حتى يفقد الشرط المانع من التصرف قوته الملزمة بانقضاء مدة المنع ، (مبحث أول) .

ولم يكن القضاء الفرنسي ، بطبيعة الحال ، بمنأى عن هذه المشكلة ، فأقر للدائن بإمكانية رهن المال محل المنع من التصرف رهنا قانونيا أو قضائيا ، وذلك مع بقاء مبدأ عدم القابلية للحجز دون أى مساس به (مبحث ثان) .

المبحث الأول
مبدأ عدم القابلية للحجز

٢٦ – تقسيم :

على الرغم من أن مبدأ عدم القابلية للحجز قد نشأ واستقر على يد القضاء ، إلا أنه لم يسلم – مع ذلك – من الانتقادات ، ولذلك فإننا نتناول دراسة هذا المبدأ باعتباره مبدأ قضائيا مستقرا فى مطلب أول ، ثم نعرض لأهم الانتقادات التى وجهت إليه فى مطلب ثان .

المطلب الأول
مبدأ قضائى مستقر

٢٧ – استقرار المبدأ فى القضاء الفرنسى :

أكد القضاء الفرنسى ، منذ وقت مبكر ، على مبدأ عدم قابلية الحجز على المال الممنوع التصرف فيه ، وكان هذا التأكيد متزامنا مع الاعتراف بصحة الشرط المانع من التصرف .

وقد رتب القضاء الفرنسى هذا المبدأ على الشرط المانع من التصرف أيا كانت المصلحة التى يرمى هذا الشرط إلى تحقيقها ، أى سواء كانت مصلحة للمتصرف ذاته (المتبرع أو الموصى) ، أو مصلحة للمتصرف إليه (المتبرع له أو الموصى له) ، أو مصلحة للغير .

ففى دعوى تتعلق بوجود شرط مانع من التصرف لمصلحة المتبرع ، وضعت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٧ يوليو ١٨٦٣ [٤٦] مبدأ عاما

---

[46] Cass. req., 27 juill. 1863 : DP 1864, 1, p.494.

مؤداه أن " وجود شرط فى مصلحة المتبرع ، يقتضى ، بالضرورة ، وبطريق غير مباشر ، منع نزع الملكية ، كما يمنعه أيضا مباشرة عن طريق التصرف الإرادى " (٤٧) .

وتفيد عبارة هذا الحكم أن الشرط يكون صحيحا طالما كان للمتصرف (المتبرع) مصلحة فيه ، وأنه مادام الشرط صحيحا ، فإنه يترتب عليه عدم جواز التنفيذ على المال المشترط عدم التصرف فيه ، بواسطة دائنى المتبرع إليه ، وهو ما عبر عنه الحكم بمنع نزع ملكية هذا المال بطريق غير مباشر ، ومن باب أولى يمتنع التصرف فى هذا المال إراديا من جانب المتبرع إليه . وهذه نتائج بدهية ، وإلا لكان فى جواز الحجز على المال إهدار للمقصود من الشرط ، وتجريد له من كل قيمة ، وفتح لباب التحايل والتواطؤ بين المتصرف إليه وبين الغير ، بأن يدعى وجود دين فى ذمته لهذا الغير ، ليتوصل إلى إهدار الشرط المانع من التصرف والالتفاف على أثره المانع من الحجز .

وقد أكدت محكمة استئناف Rouen فى ٥ أبريل ١٩٠٥ (٤٨) على هذا المبدأ ، وذلك فيما قضت به من أن " منع التصرف والرهن ، يفرض على الموصى له بعقار ، ولمدة محدودة ، وضع الأموال خارج دائرة التعامل ، أثناء مدة المنع ، وعدم القابلية للحجز على نحو مطلق ومؤبد ، فى مواجهة كل الدائنين الذين تنشأ حقوقهم أثناء هذه المدة " (٤٩) .

---

(٤٧) وقد صرحت المحكمة عن ذلك بقولها :

" une pareille stipulation ainsi faite dans l'intérêt du donateur comprend nécessairement l'interdiction de faire indirectement par la voie de l'expropriation ce qu'elle défend de faire directement par la voie de l'aliénation volontaire ".

(48) CA Rouen, 5 avril 1905 : DP 1905, 2, p.241, note Planiol .

(٤٩) وقد أوضحت ذلك بقولها :

ويبرر القضاء مبدأ عدم القابلية للحجز كأثر للشرط المانع من التصرف ، بأن المتبرع أو الموصى ، له مطلق الحرية فى ألا يتبرع أو يوصى بماله إلى المتصرف إليه ، ومن ثم يتعين احترام إرادته ، ولم يكن هذا التبرير ، فى واقع الأمر ، سوى تطبيق محض لمبدأ سلطان الإرادة الذى بلغ ذروته فى القرن التاسع عشر .

وقد ظهر هذا التبرير بوضوح فى حكم ١٨٦٣ السالف ، وذلك حين قرر أن " المتبرع حر فى ألا يتبرع ، كما أنه حر فى أن يقيد تبرعه الخاص ، وأن يحتفظ بقدر من الملكية " (٥٠) .

وقد طبق القضاء الفرنسى ذات المبدأ أيضا فى حالة ما إذا كان المنع من التصرف مقررا لمصلحة المتصرف إليه (المتبرع إليه أو الموصى له) ، من ذلك ما قضت به محكمة النقض فى ١١ يونيو ١٩١٣ (٥١) من أن " الشرط المقرر لمصلحة المتبرع إليه أو الموصى له ، لا يكون مجديا ومحميا ، إلا بتحقق شرط ضرورى ، وهو تخليص الأموال سالفة الذكر من دعاوى دائنى المتبرع إليه ، الذين نشأت حقوقهم أثناء مدة المنع من التصرف ، إذ لا يكون هؤلاء قد عولوا على هذه الأموال فى ذمة مدينهم " (٥٢) .

= *" l'interdiction d'aliéner et d'hypothéquer, imposée pour un temps limité à un légataire d'immeubles, a pour effet de mettre les biens hors du commerce pendant la période d'inaliénabilité, et entraîne une insaisissabilité absolue et perpétuelle pour toutes les créances nées pendant cette période ".*

(٥٠) وقد عبرت المحكمة عن ذلك بقولها :

" le donateur, libre de ne pas donner, était libre d'attacher une pareille restriction à sa propre libéralité et de retenir une partie de la propriété ".

(51) Cass. req., 11 juin 1913 : DP 1914. 1. p.242.

(٥٢) وهو ما جرت به عبارة المحكمة على النحو التالى :

ومن ذلك أيضا ما ذهبت إليه محكمة النقض ، بوضوح ، في ٢٠ فبراير ١٩٣٩ (٥٣) من أن " الشرط المانع من التصرف يمنع حتما من أن تكون الأموال الممنوع التصرف فيها ، ضمانا للدائن الذى نشأ سند حقه أثناء مدة المنع من التصرف ، إذ أن عدم قابليتها للحجز هو النتيجة الحتمية لعدم قابليتها للتصرف " (٥٤) .

٢٨ - نطاق عدم القابلية للحجز :

لتحديد نطاق عدم القابلية للحجز ، يجب أن نعرض لمسألتين ، الأولى هى تحديد وقت نشأة عدم القابلية للحجز ، والثانية هى التمييز بين الحجز الذى يقع أثناء مدة المنع من التصرف وذلك الذى يقع بعد انقضائها :

٢٩ - أولا - تحديد وقت نشأة عدم القابلية للحجز :

لا ينشأ عدم القابلية للحجز ، بالضرورة ، كأثر معاصر للشرط المانع من التصرف ، فقد ينشأ المنع من التصرف دون أن يكون نافذا في مواجهة الغير ، إذ لا ينشأ عدم القابلية للحجز إلا من اللحظة التى يمكن

= *" la clause (...), établie dans l'intérêt du donataire ou du légataire, ne saurait être efficace et protectrice qu'à la condition nécessaire de soustraire pour toujours lesdits biens à l'action de ceux des créanciers du gratifié dont la créance est née pendant la période d'interdiction d'aliéner, ces biens n'ayant jamais pu être considérés par eux comme faisant utilement partie à leur égard du patrimoine de leur débiteur ".*

(53) Cass. req., 20 févr. 1939 : DH 1939, p.196 ; DC 1941, p.22, note Maguet..

(٥٤) وقد جاء ذلك فى قول المحكمة :

" il en résulte nécessairement, qu'elle forme obstacle à ce que les valeurs qui en ont été frappées puissent devenir le gage d'un créancier dont le titre a pris naissance pendant la période d'inaliénabilité, leur insaisissabilité étant la conséquence inévitable de leur inaliénabilité ".

الاحتجاج فيها بالشرط المانع من التصرف فى مواجهة الغير ، لا سيما الدائنين ، ومن ثم منعهم من الحجز على المال الممنوع التصرف فيه . ولذا يجب هنا أن نميز بين ما إذا كان المنع من التصرف واردا على عقار أو واردا على منقول .

- فإذا كان المنع من التصرف واردا على عقار ، فإنه يجب ، لكى ينتج هذا المنع أثره ، تسجيل الشرط المانع من التصرف (٥٥) ، باعتباره من

(٥٥) السنهورى ، الوسيط ، ج ٨ ، ص ٤٥٣ . وتجدر الإشارة هنا إلى الخلاف الذى وقع فى الفقه المصرى بشأن تسجيل الشرط المانع من التصرف ، وذلك بسبب صياغة المشرع فى المادة ٨٢٣ مدنى التى تنص على أنه " إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا ... " وهو ما أثار التساؤل عما إذا كان لابد من ورود الشرط المانع من التصرف فى عقد أو وصية - حسب الظاهر من عبارة النص - أم يمكن أن يرد مستقلا فى تصرف لاحق ؟ فذهب رأى - وهو الراجح - إلى أن الشرط المانع من التصرف لابد أن يرد فى التصرف الناقل للملكية ، ومن ثم فإنه لا يلزم تسجيل الشرط المانع من التصرف ، حيث يغنى عن ذلك شهر التصرف الوارد فيه ، فيحتج بالشرط فى مواجهة الغير - كالدائنين - متى أشهر هذا التصرف (اسماعيل غانم ، الحقوق العينية الأصلية ، الجزء الثانى ، موجز فى أسباب كسب الحقوق العينية الأصلية ، مكتبة وهبة ، ١٩٦٢، بند ٣٨ ص ٧٨ وما بعدها ، وبخاصة ص ٨١ ، حيث يرتب على هذا النظر ، أنه كان من الأدق فى التعبير أن يستخدم المشرع ، فى المادة ٨٢٣ مدنى ، لفظ " المشترط " بدلا من " المتصرف " وكذلك لفظ " الممنوع من التصرف أو المشترط عليه " بدلا من " المتصرف إليه " ؛ منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق ، بند ٤٤ ص ١٠٤ ؛ عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، بند ١١٥ ص ١٥٨ حيث يذهب سيادته إلى أن الشرط يبطل لو اتفق عليه بعد تمام التصرف وإحداثه أثره فى نقل المال ؛ محمود جمال الدين زكى ، الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية ، ١٩٧٨ ، بند ٥٠ ص ٩٦ ؛ نعمان محمد خليل جمعة ، الحقوق العينية ، ١٩٨٧ ، ص ٣٨٩ ؛ عبد الناصر توفيق العطار ، المرجع السابق ، ص ٨٣ ؛ أحمد سلامة ، الملكية الفردية فى القانون المصرى (١) ، دار النهضة العربية ، ط ١ ، ١٩٧٠ ، ص ١٣٥ ؛ حسام الدين كامل الأهوانى ، الحقوق العينية

التصرفات واجبة الشهر بطريق التسجيل ، لما يترتب عليه من تغيير في حق الملكية ، أحد الحقوق العينية الأصلية ، واجبة الشهر (٥٦) ، وذلك عملا بنص المادة ٩ من قانون الشهر العقارى التى تقضى بأن " جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله .... يجب شهرها بطريق التسجيل " .

وبالمثل ، فى القانون الفرنسى ، نصت المادة ٢٨ / ٢ من قانون ٤ يناير ١٩٥٥ (٥٧) ، على أنه " يجب نشر التصرفات التى تبرم بين الأحياء ، لإثبات وجود الشرط المانع من التصرف المؤقت " (٥٨) .

وثمة ملاحظة هنا ، وهى أن هذا النص اقتصر على ذكر وجوب تسجيل التصرفات التى " تبرم بين الأحياء " ، وذلك على الرغم من أن

=الأصلية . أحكام حق الملكية ، ص ١٢ ، محمد شكرى سرور ، المرجع السابق ، بند ٤٦١ ص ٢٨٧) بينما ذهب البعض الآخر (حسن كيرة بند ٥٣ ص ١٢٢ ؛ نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية . أحكامها ومصادرها ، دار المعرفة الجامعية ، ١٩٩٩ ، ص ٤١) إلى أن الشرط المانع من التصرف لا يلزم أن يرد فى التصرف الناقل للملكية ، بل يمكن أن يرد فى تصرف سابق أو لاحق عليه ، كأن يرد فى عقد الوعد بالبيع أو فى عقد الرهن الرسمى . وعلى ذلك فإن مسألة تسجيل الشرط المانع من التصرف ، لا تثور إلا وفقا لهذا الرأى الأخير ، فى حين أنه لا محل لهذا التسجيل وفقا للرأى الأول الذى يشترط ورود الشرط فى التصرف الناقل للملكية ذاته ، حيث يكفى شهر هذا الأخير ، ومن بين بنوده الشرط المانع ، حتى يمكن الاحتجاج بهذا الشرط .

(٥٦) اسماعيل غانم ، السابق ، بند ٤٠ ص ٨٧ ؛ عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، بند ١١٧ ص ١٨٠ .

(57) Décret n° 55-22 du 4 janvier 1955.

(٥٨) وقد ورد هذا النص على النحو التالى :

" les actes entre vifs dressés distinctement pour constater des clauses d'inaliénabilité temporaire ".

الشرط المانع من التصرف أكثر ما يكون فى الوصية ، وهى تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ، ومن هنا فإنه تجدر الإشارة إلى أن صياغة المشرع المصرى فى نص المادة ٩ من قانون الشهر العقارى كانت أكثر توفيقا ، حين نص على وجوب تسجيل " جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق .... " فلم يقيد هذه التصرفات بضرورة إبرامها بين الأحياء كما فعل المشرع الفرنسى .

وغاية القول هنا أنه لا يحتج بالشرط المانع من التصرف ، الوارد على عقار ، فيما يرتبه من عدم القابلية للحجز ، فى مواجهة دائنى المتصرف له ، ما لم يكن هذا الشرط مسجلا . وبعبارة أخرى ، فإن عدم القابلية للحجز لا ينشأ بمجرد ورود شرط المنع فى التصرف الناقل للملكية إلا إذا كان هذا الأخير قد تم تسجيله .

- أما إذا كان المنع من التصرف واردا على منقول ، فلا يكون هناك محل لتسجيل الشرط المانع ، أو تسجيل التصرف الذى يتضمنه ، إذ إن قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية ، تحمى الغير الذى يحوز المال بسبب صحيح ، وبحسن نية أى جاهلا وجود الشرط المانع من التصرف ، وذلك وفقا لنص المادة ٢٢٧٩ من القانون المدنى الفرنسى (٥٩) .

وقد نصت على ذات الحكم المادة ٩٧٦ / ٢ من القانون المدنى المصرى التى تقضى بأنه " إذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافرا

---

(٥٩) وقد نصت هذه المادة فى فقرتها الأولى على ما يلى :

" En fait de meubles, la possession vaut titre".

وانظر تطبيقا لذلك : civ. 1re, 23 mars 1965: *Bull.civ.I, n° 206* .

لدى الحائز فى اعتبار الشئ خاليا من القيود والتكاليف العينية ، فإنه يكسب الملكية خالصا منها " .

ويؤخذ من هذا النص أن أثر حيازة المنقول بسبب صحيح وبحسن نية لا يقتصر على كسب الحق ، بل تؤدى أيضا إلى سقوط التكاليف والقيود العينية التى كانت على المنقول (٦٠) .

والسبب الصحيح هنا هو تصرف قانونى ناقل للملكية ، دون أن يذكر فيه ما يثقل المنقول من تكليف أو قيد ، ولو كان هذا التصرف صادرا من المالك نفسه . أما حسن النية فيقصد به جهل الحائز وقت الحيازة وجود التكليف أو القيد ، بشرط ألا يكون هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيم ، وألا تكون الحيازة قد اغتصبت كرها .

وتطبيقا لذلك ، فإن المنع من التصرف ، باعتباره تكليفا أو قيدا عينيا ، فإنه يسقط بالحيازة . فإذا كان مالك المنقول - المتصرف إليه - ممنوعا من التصرف فيه ، وتصرف فى المنقول ، بالمخالفة للشرط ، وتسلمه الدائن ، بحسن نية ، فلا يجوز لمن تقرر المنع من التصرف لمصلحته أن يحتج به فى مواجهة الدائن (٦١) .

---

(٦٠) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية تعليقا على هذا النص أن " الحيازة لا تكسب ملكية المنقول فحسب ، بل هى أيضا تزيل التكاليف والقيود العينية التى تثقل المنقول ..... ذلك أن لحيازة المنقول أثرين لا أثرا واحدا : أثرا مكسبا وأثرا مسقطا ، فبمجرد توفرها تكسب الحائز الملكية وتسقط التكاليف ...." (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٥١٤) .

(٦١) محمد كامل مرسى ، الحقوق العينية الأصلية ، ج ١ ، بند ٤٠٠ ص ٤٣٤ ؛ منصور مصطفى منصور ، السابق ، بند ١٨٦ ص ٤٤٧ وما بعدها (ولا يرى سيادته اختلافا ، سوى فى التعبير ، بين القول بأن الشرط المانع من التصرف تكليف عينى أو تعديل اتفاقى لأحكام الملكية يتضمن قيدا على سلطات المالك . راجع ما سبق هامش ٤٥ ص ٣٤) ؛ عبد المنعم فرج الصدة ، السابق ، بند ١١٧ ص ١٨٠ ، وكذلك بند ٤٥٣

وكذلك فالدائن ، الذى لا يعلم بوجود الشرط المانع من التصرف الوارد على منقول ، ليس هناك ما يحول بينه وبين الحجز على المال الممنوع من التصرف ، فإذا استطاع الحصول على المال من تحت يد مدينه المتصرف إليه ، رغم وجود الشرط المانع من التصرف ، فإن المتصرف لا يستطيع استرداد المال المتبرع به بطريق دعوى الرجوع فى التبرع l'action en révocation de la libéralité ، إذ التصرف فى المال مانع من موانع الرجوع فى الهبة بحكم المادة ٥٠٢ مدنى مصرى .

٣٠ - ثانيا - التمييز بين الحجز الذى يقع أثناء مدة المنع من التصرف والذى يقع بعد انقضائها :

(أ) أثناء مدة المنع ، يكون مبدأ عدم القابلية للحجز مطلقا ، فيمتنع على جميع الدائنين الحجز على المال الممنوع التصرف فيه ، بصرف النظر

ص ٦٩٣ . عكس ذلك : أستاذنا الدكتور السنهورى ، حيث يذهب إلى أن المنقول الممنوع التصرف فيه لا يجوز تملكه طبقا لقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية ، تأسيسا على أن العقد الذى ينقل حيازة المنقول ، بالمخالفة للمنع من التصرف ، يكون باطلا بطلانا مطلقا ، ومن ثم لا يصلح سببا صحيحا تنتقل به الملكية . راجع الوسيط ، ج ٨ بند ٣٢٠ ص ٤٥٤ . وفى ذات الاتجاه : محمد على عرفة ، السابق ، بند ٢٦٨ ص ٣٦٩ . ولكن هذا الاتجاه مردود من ناحيتين : الأولى أن الراجح فى تكييف البطلان المترتب على مخالفة المنع من التصرف - كما سبق - أنه بطلان من نوع خاص ، لا بطلانا مطلقا . والثانية مستمدة من المنطق ، إذ كيف يسمح للمشترى من غير المالك أن يتملك وفقا لقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية ، ولا نجيز هذا للمشترى من مالك ممنوع من التصرف . راجع فى هذا الرد : عبد المنعم البدراوى ، حق الملكية . الملكية بوجه عام ، وأسباب كسبها ، ١٩٩٤ ، هامش رقم (١) ص ٩١ .

عن تاريخ نشأة حقوق هؤلاء الدائنين ، أى سواء من نشأ حقه منهم قبل اشتراط المنع من التصرف أو بعد ذلك (٦٢) .

وعلة المنع من الحجز هنا جلية (٦٣) ، فمن نشأ حقه قبل اشتراط المنع من التصرف ، أى قبل دخول المال فى ذمة المتصرف إليه ، لم يعول

---

(62) M. PLANIOL, G.RIPERT, traité élémentaire de droit civil, 11éd. 1928, n° 2346.

وفى الفقه المصرى : عبد الفتاح عبد الباقى ، السابق ، بند ١١٩ ص ١٧٠ ؛ منصور مصطفى منصور ، السابق ، بند ٥٠ ص ١١٨ ؛ حسن كيرة ، المرجع السابق ، بند ٦٠ ص ١٣٤ .

(٦٣) ويلاحظ هنا أن نطاق عدم قابلية المال للحجز ، كأثر مترتب على الشرط المانع من التصرف ، يختلف عن شرط المنع من الحجز la clause d'insaisissabilité الذى ينص عليه صراحة فى الهبة أو الوصية كبند مستقل ، والذى نص عليه المشرع المصرى فى المادة ٣٠٨ من قانون المرافعات (ويقابله – فى قدر – نص المادة ١٤ / ٣ من قانون التنفيذ الفرنسى الجديد رقم ٦٥٠ لسنة ١٩٩١) حيث يقتصر نطاق المنع من الحجز فى الحالة الثانية على دائنى الموهوب له أو الموصى له ، إذ لا يكون هؤلاء قد عولوا على وجود المال فى ذمة المتبرع له ، وذلك على العكس من الدائنين الذين نشأت حقوقهم بعد الهبة أو الوصية ، فلا يسرى شرط المنع من الحجز فى مواجهتهم ، لأنهم اعتمدوا على وجود المال المتبرع به فى ذمة مدينهم .

راجع فى شرط عدم جواز الحجز : فتحى والى ، التنفيذ الجبرى ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٥ ، بند ١١٣ ص ٢٢٢ وما بعدها ؛ عزمى عبد الفتاح ، قواعد التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات المصرى ، ٢٠٠١ ، ص ٣٥٩ وما بعدها ؛ عيد محمد القصاص ، أصول التنفيذ الجبرى وفقا لمجموعة المرافعات المدنية والتشريعات المكملة لها ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٩ ، بند ١٥٦ ص ٣٨٣ وما بعدها .

أساسا على هذا المال كجزء من ضمان مدينه . أما من نشأ حقه أثناء مدة المنع فأمر بدهى أن يمتنع عليه الحجز تحقيقا للغرض من شرط المنع ، وهو بقاء المال الممنوع التصرف فيه على ملك المالك (المتصرف إليه) طوال مدة المنع.

(ب) أما بعد انقضاء مدة المنع ، فيختلف نطاق المنع من الحجز بحسب المصلحة التى تقرر لها :

فإذا كان المنع من التصرف مقررا لمصلحة المتصرف نفسه أو الغير ، فالفقه [٦٤] على أنه يجوز لأى دائن ، أيا كان وقت نشأة حقه ، أن يحجز على المال ، بمجرد انقضاء مدة المنع من التصرف ، حيث يزول بانقضائها المنع من الحجز نهائيا بالنسبة لكل الدائنين .

أما إذا كان المنع من التصرف مقررا لمصلحة المتصرف إليه ، حماية له من سوء تصرفه ، فقد انقسم الرأى إلى اتجاهين :

٣١ - الرأى الأول - التفرقة بين الدائن الذى نشأ حقه أثناء مدة المنع والدائن الذى نشأ حقه قبل ذلك :

استقر القضاء الفرنسى [٦٥] ، يؤيده جانب من الفقه [٦٦] ، على أن

---

[٦٤] محمد على عرفة ، الأموال ، الجزء الأول ، بند ٢٦٩ ص ٢٧٠ ؛ محمد كامل مرسى ، الحقوق العينية الأصلية ، الجزء الأول (الأموال ، الحقوق ، حق الملكية بوجه عام ، المطبعة العالمية ، ١٩٤٩ ، بند ٤٠٩ ص ٤٤٥ ؛ اسماعيل غانم ، السابق ، بند ٤٢ ص ٩٣ ؛ عبد المنعم فرج الصدة ، السابق ، بند ١١٦ ص ١٧٩ .

[65] Rouen, 5 avril 1905, D. 1905, 2, p.241 ; cass.civ. 11 juin 1913, D. 1913, D. 1914, 1, p. 242 .

[66] M. PLANIOL, G.RIPERT, op. cit.n° 2346.

نطاق المنع من الحجز يختلف بحسب ما إذا كان حق الدائن قد نشأ أثناء مدة المنع أو قبل ذلك .

فلا يؤثر انقضاء مدة المنع من التصرف فى بقاء المنع من الحجز قائما بالنسبة لدائنى المتصرف إليه الذين نشأت حقوقهم أثناء هذه المدة ، حيث لا يقتصر المنع من الحجز بالنسبة إلى هؤلاء على مدة المنع ، بل يمتد حتى بعد انقضائها ، وهو ما يعنى أن عدم القابلية للحجز بالنسبة لهم أثر مؤبد . أما بالنسبة للدائنين الذين نشأت حقوقهم قبل مدة المنع ، فيرتفع المنع من الحجز بالنسبة لهم بانقضاء مدة المنع من التصرف ، لأن هؤلاء لم يعولوا على دخول المال فى ذمة مدينهم .

وتبرر هذه التفرقة بأن غرض المنع من التصرف خلال مدة المنع هو تقييد المتصرف إليه ، خلال هذه المدة ، من أن يبرم تصرفا يكون من شأنه أن يفقد المال الموهوب أو الموصى به ، أو أن يقترض خلال هذه المدة ، بما يؤدى إلى خروج المال من ذمته ، لاحقا ، بعد انقضاء مدة المنع ، ومن ثم دخوله فى ضمانه العام ، وهو ما يؤدى إلى إمكانية الحجز ، بطريق غير مباشر ، على المال المشترط عدم التصرف فيه ، الأمر الذى يعد تحايلا على الشرط المانع من التصرف (٦٧) .

=محمد على عرفة، بند ٢٦٩ ص ٢٧٠ ؛ محمد كامل مرسى ، بند ٤٠٩ ص ٤٤٥ ؛ اسماعيل غانم ، الحقوق العينية الأصلية ، الجزء الثانى ، موجز فى أسباب كسب الحقوق العينية الأصلية ، مكتبة وهبة ، ١٩٦٢ ، بند ٤٢ ص ٩٣ ، عبد المنعم فرج الصدة ، حق الملكية ، ط ٢ ، ١٩٦٤ ، بند ١١٦ ص ١٧٩ .

(67) F. Zenati et T. Revet, Les biens, 2ème éd., n°17, p. 30.
ويؤكد هذا المعنى الأستاذ الدكتور محمد على عرفة (الموضع السابق) بقوله إن الشرط المانع من التصرف : " لا يكون مجديا ولا محققا للغاية المقصودة منه ، ما لم يكن المال

٣٢ - الرأى الثانى - انتقاد التفرقة بين الدائن الذى نشأ حقه أثناء مدة المنع والدائن الذى نشأ حقه قبل ذلك :

ينتقد جانب من الفقه [٦٨] - بحق - هذه التفرقة بين الدائن الذى نشأ حقه أثناء مدة المنع أو قبلها ، وذلك أولا لأن عدم القابلية للحجز جاءت نتيجة لعدم القابلية للتصرف ، فمتى زال الأصل ، وهو امتناع التصرف ، فلا يعقل أن يظل الفرع ، وهو امتناع الحجز ، قائما وحده ، وثانيا لأن ارتفاع المنع من التصرف يعيد المال إلى الضمان العام لجميع الدائنين بصرف النظر عن تاريخ نشأة كل منهم ، وأخيرا لأن إبقاء المنع من الحجز بالنسبة للدائنين الذين نشأت حقوقهم أثناء مدة المنع من التصرف ، يخرج عن حدود الغرض من شرط المنع التصرف ، والمتمثل فى إبقاء المال فى ذمة المتصرف إليه طوال مدة المنع لا بعد ذلك ، الأمر الذى يجعل من الشرط المانع من التصرف بمثابة وصاية على المتصرف إليه ، وما لذلك أجيز الشرط .

ويضيف البعض [٦٩] ، فضلا عما تقدم ، أن الرأى القائل بالتفرقة لا يساير منطقها إلى النهاية ، كما أنه غير عملى :

= فى حرز من أن تمتد إليه أيدى الدائنين الذين لم يكن يحق لهم وقت نشوء ديونهم احتساب هذا المال داخل الضمان العام الذى يعتمدون عليه عند منح ثقتهم للمدين "

(٦٨) منصور مصطفى منصور ، السابق ، بند ٥٠ ص ١٢٠ ؛ حسن كيرة ، السابق ، بند ٦٠ ص ١٣٥ ؛ محمود جمال الدين زكى ، السابق ، بند ٥١ ص ٩٩ ؛ محمد لبيب شنب ، الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية ، ط ٢ ، ١٩٩٧ ، هامش رقم (٦١) ص ٢٩٨ وما بعدها . أحمد سلامة ، السابق ، بند ٤٨ ص ١٦١ وما بعدها .

(٦٩) أحمد سلامة ، الملكية الفردية فى القانون المصرى (١) ، دار النهضة العربية ، ط ١ ، ١٩٧٠ ، بند ٤٨ ص ١٦٣ وما بعدها .

فهو من جهة أولى لا يقول بهذه التفرقة إلا إذا كان الشرط واردا فى هبة أو وصية ، وذلك على الرغم من أن العلة فى عدم السماح لأولئك الدائنين بالحجز ، وهى إبقاء المال فى ذمة المتصرف إليه طوال مدة المنع ، لا تقتصر على هذه الحالة ، بل يمكن أن تتحقق كذلك فى المعاوضة ، كعقد البيع مثلا ، حين يكون المشترى سئ التدبير ، فيشترط عليه البائع عدم التصرف فى المبيع ، لأنه يمس مشاعر العائلة ، فلماذا لا يقال بتلك التفرقة فى هذه الحالة أيضا ؟ .

ومن جهة ثانية ، يعيب هذا الرأى أنه غير عملى ، إذ أن المتصرف إليه سئ التدبير لن يعدم الوسيلة للتحايل على المنع من التصرف ، كأن يصطنع تاريخا سابقا على تملكه المال . فما ظن أنصار التفرقة حينئذ ، إلا أن يشترطوا ، لتفادى ذلك ، أن يكون حق الدائن الحاجز ثابت التاريخ قبل التملك ؟ وهو ما لم يقل به أحد .

٣٣- المنع من التصرف لا يستتبع المنع من الحجز فى بعض الأحوال :

والمثال التقليدى لذلك اشتراط بائع العقار ، الذى لم يستوف كامل الثمن ، على المشترى ، عدم التصرف فى المبيع ، حتى يتجنب ، اجراءات التتبع فى مواجهة الغير . فهذا المنع من التصرف ، لا يستتبع المنع من الحجز ، حيث يترتب على تسجيل حكم مرسى المزاد ، تطهير العقار من كل الحقوق العينية التبعية ، بما فيها امتياز البائع ، ومن ثم يكون لهذا البائع أن يستوفى حقه فى الثمن بالأولوية ، دون أن يلجأ إلى إجراءات التتبع .

المطلب الثانى
تقدير مبدأ عدم القابلية للحجز
كأثر للشرط المانع من التصرف

٣٤ - تعرض مبدأ عدم القابلية للحجز ، كأثر للشرط المانع من التصرف ، لانتقادات الفقه :

ظل مبدأ عدم القابلية للحجز ، زمنا طويلا ، أثرا حتميا لا مناص منه للشرط المانع من التصرف ، بل ولم تبرز أية محاولة فقهية للنيل منه أو القدح فيه . فلم يكن من المتصور ألا يستتبع الشرط المانع من التصرف عدم القابلية للحجز ، وإلا تجرد هذا الشرط من قيمته .

ولا يزال هذا المبدأ يحظى بتأييد كبير من معظم الفقه (٧٠) ، بل إن البعض منهم يدافع عنه بقوة (٧١) .

ورغم ذلك فقد بدا رأى مخالف لهذا المبدأ ، يرى أنه ليس هناك ما يحول دون التسليم بحق دائنى المتصرف إليه فى الحجز على المال المشترط

---

(70) F. Terré et P. Simler, Les biens, 5ème éd., n°120 ; F. Zenati et T. Revet. op. cit.n°17 ; H. Corvest, préc. ; X. Savatier, note ss Cass. civ 1ère, 3 juin 1998 : *Defrénois* 1999, art.36928, p.93 ; J. Casey, note ss Cass. civ 1ère, 3 juin 1998 , préc.

(71) J. Patarin , note ss Cass. civ 1ère, 9 oct. 1985 : *RTDciv* 1986, p.622 ; J-F Vouin, note ss TGI Cherbourg, 13 févr. 1974 : D. 1975, p.30.

عدم التصرف فيه ، بل وبدأت أوجه النقد إلى هذا المبدأ تتزايد ، وهى تتمثل فيما يلى :

٣٥ - أولا - القياس على حالات أخرى للمنع من التصرف لا تستتبع المنع من الحجز :

يذهب هذا الرأى (٧٢) إلى أن المنطق كان يقتضى ألا يستتبع المنع من التصرف عدم القابلية للحجز قياسا على حالات مماثلة نصت عليها المادتان ٢١٥ / ٣ و١٤٢٤ من القانون المدنى الفرنسى اللتان تضمنتا صورتين للمنع من التصرف ، دون أن يرتب القانون على أى منهما عدم القابلية للحجز على الأموال الممنوع التصرف فيها .

فالنص الأول من هذين النصين يحظر على الزوجين التصرف فى مسكن الزوجية دون رضاء الزوج الآخر (٧٣) . أما النص الثانى فيمنع الزوجين الشركاء فى المال من التصرف فى بعض الأموال الشائعة biens de communauté بينهما دون رضاء الزوج الآخر (٧٤) .

---

(72) D. Martin, note ss Cass. civ 1ère, 25 juin 1980 : *D.* 1981, IR, p.90 ; A. Leborgne, note ss Cass. civ 1ère, 15 juin 1994 : *D.* 1995, p.342.

(٧٣) حيث تنص المادة ٢١٥ / ٣ على ما يلى :

" Les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni. Celui des deux qui n'a pas donné son consentement à l'acte peut en demander l'annulation : l'action en nullité lui est ouverte dans l'année à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus d'un an après que le régime matrimonial s'est dissous".

(٧٤) حيث تنص المادة ١٤٢٤ على ما يلى :

"Les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, aliéner ou grever de droits réels les immeubles, fonds de commerce et exploitations dépendant de la communauté, non plus que les droits sociaux non négociables et les meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité. Ils ne

وقد ذهب القضاء الفرنسي (٧٥) إلى أن هذا الحظر المنصوص عليه في المادتين ٢١٥ / ٣ والمادة ١٤٢٤ لا يحتج به في مواجهة الدائنين الذين يمكنهم الحجز على الأموال ، دون رضاء الزوج الآخر .

ويعترض جانب من الفقه (٧٦) على هذا القياس ، بأنه على الرغم مما يبدو من شبه بين حالة الشرط المانع من التصرف وبين المنع من التصرف الوارد في هذين النصين ، إلا أنه ليس سوى تشابه خادع .

ويقوم هذا الاعتراض على أساس أنه وإن كان رضاء الزوج على تصرف زوجه المدين في المال ضروريا ، ويستطيع الاعتراض عليه ، إلا أن هذا لا يعني أن المال ممنوع التصرف فيه ، فالمال ، في ذاته ، يجوز التصرف فيه ، غاية الأمر أن هذا التصرف يتوقف على موافقة الزوج

=*peuvent, sans leur conjoint, percevoir les capitaux provenant de telles* opérations".

(٧٥) انظر على سبيل المثال حكم النقض الفرنسي الذي قضى بجواز الحجز على الأموال الممنوع التصرف فيها بمقتضى المادة ٢١٥ / ٣ :

Cass. civ.3[ème], 12 oct. 1977 : *D.*1978 , p.333, note Yves Chartier ; *Journ. Not.*1977, p. 1476, obs. J. Viatte ; *JCP.*1979, éd G, II, n°19205 .

وكذلك الحكم الذي قضى بجواز الحجز على الأموال الممنوع التصرف فيها بمقتضى المادة ١٤٢٤ :

Cass. civ.1[ère], 21 nov. 1978 : *Bull.civ.*I, n°352 ; *D.*1979,.IR, p.253, obs. D. Martin ; D.1979, p.365, note M. Jeantin ; *JCP* 1979, éd.G , II, n°19204, note Patarin .

(76) J. Patarin, note ss Cass. civ. 1[ère], 15 juin 1994 : *RTDciv* 1995, p. 666, et J.Casey, note ss Cass. civ.1[ère], 3 juin 1998, préc.

الآخر . ولذا فإن فكرة حبس المال لمصلحة شخص ما – والتى يقوم عليها الشرط المانع من التصرف – لا وجود لها فى حالة التصرف فى المال المشترك بين الزوجين ، فهذا النظام الأخير يقوم على فكرة ضرورة أخذ إرادة الزوج فى الاعتبار عند إدارة الذمة المالية المشتركة للزوجين la gestion du patrimoine conjugal ، ومن ثم فليس هناك أى مبرر لمنع الدائنين من الحجز على المال . وذلك على العكس من حالة الشرط المانع من التصرف الذى يؤدى إلى حبس المال لتحقيق مصلحة محددة ، ومن ثم يكون للحجز – فى هذه الحالة – ما يبرره .

وعلى الرغم من وجاهة هذا الاعتراض ، إلا أن ذلك لم يمنع خصوم مبدأ عدم القابلية للحجز (٧٧) من إبداء التحفظ تجاه موقف محكمة النقض التى لم تتبن حلا واحدا إزاء ذات المشكلة ، ذلك أن الواهب حين يضع حظرا على الموهوب له ، فإنه يقصد بذلك إخراج المال من نطاق إرادته ، وهذا هو ما يفسر ما ذهبت إليه محكمة النقض – على ما سيأتى تفصيلا (٧٨) – من أن الشرط المانع من التصرف يؤدى إلى منع رهن المال الممنوع التصرف فيه رهنا اتفاقيا une hypothèque conventionnelle ، بينما لا يحول هذا الشرط دون رهنه رهنا قضائيا une hypothèque judiciaire أو قانونيا une hypothèque légale . وسند القضاء فى ذلك هو أن الرهن الاتفاقى يتم بإرادة الموهوب له ، بينما يقع الرهن القانونى أو القضائى رغما عن إرادته .

وهنا يتساءل خصوم مبدأ عدم القابلية للحجز ، إذا كنا نجيز الرهن القضائى أو القانونى ، لأن كلا منهما يقع رغما عن إرادة الموهوب له

---

(77) A. Leborgne, note ss Cass. civ.1ère, 15 juin 1994. préc.

(٧٨) أنظر المبحث الثانى من هذا الفصل ص ٦١ وما بعدها .

المدين ، فلماذا لا نساير ذات المنطق ، ونجيز الحجز الذى لا يكون لإرادته دخل فيه ؟ .

ورغم منطقية هذا التساؤل ، إلا أن أنصار مبدأ عدم القابلية للحجز يردون بأن هذا لا يعنى وجود اضطراب فى مسلك محكمة النقض أو ازدواج فى الحل الذى تتبناه ، لأنها إن كانت تجيز الرهن - القضائى أو القانونى - دون الحجز ، فهذا لأن مصلحة الواهب لا تكون مهددة فى حالة الرهن ، بخلاف الحال فيما لو حجز على المال . فهذه المصلحة تقتضى نفاذ آثار الشرط المانع من التصرف فى مواجهة الدائنين ، وفى حدود هذه المصلحة فحسب ، وهذا هو الأساس الذى قام عليه موقف محكمة النقض فى إجازة الرهن القضائى أو القانونى ، دون الحجز على المال المشترط عدم التصرف فيه .

٣٦ - ثانيا - عدم كفاية تأسيس مبدأ عدم القابلية للحجز على حرية الواهب أو الموصى :

رأينا أن أحكام القضاء الفرنسى حين أجازت الشرط المانع من التصرف ، بررت ذلك بأن المتصرف له الحرية فى أن يتبرع أو ألا يتبرع ، فإذا اختار أن يتبرع بماله ، فذلك بمحض إرادته ، ومن ثم فله أن يقيد هذا التبرع بشرط مانع من التصرف ، دون أن يكون لدائن المتصرف إليه أن يطالب بالحجز على هذا المال الذى لم يدخل فى ذمة مدينه إلا بتفضل المتصرف .

ويرى خصوم مبدأ عدم القابلية للحجز أن هذا التبرير ليس مقنعا على نحو كاف ، لأنه بانتقال المال الموهوب من ذمة الواهب إلى ذمة الموهوب له يكون قد وقع فى الضمان العام لدائنى هذا الأخير ، ومن ثم فإن " تقرير عدم القابلية للحجز ، أيا كان نوع هذا الحجز ، لا يمكن أن ينشأ ،

كقاعدة عامة ، عن إرادة المدين فحسب ، فالمشرع وحده هو الذى يملك تحديد حالات معينة لعدم جواز الحجز " [٧٩] .

ولكن هذا الاعتراض مردود – فى نظرنا – من نواح عديدة :

فمن ناحية أولى فإن عدم القابلية للحجز كأثر للشرط المانع من التصرف ، ليس منشؤه إرادة المدين ، بل إرادة المتصرف ، ولا يعدو دور المدين سوى قبول هذا الشرط .

ومن ناحية ثانية ، فإنه إذا كان الأصل أن المشرع هو الذى يقرر حالات عدم جواز الحجز ، فإنه – إضافة إلى ذلك – يجيز للواهب أو للموصى أن يشترط عدم قابلية المال الموهوب أو الموصى به للحجز (نص المادة ٣٠٨ مرافعات مصرى ، نص المادة ١٤ / ٣ من قانون التنفيذ الفرنسى الجديد رقم ٦٥٠ الصادر ٩ يوليو ١٩٩١) ، الأمر الذى يؤكد معه البعض [٨٠] على مبدأ عدم القابلية للحجز كأثر للشرط المانع من التصرف .

ومن ناحية ثالثة ، فإن المتصرف ، إذا توقع إمكانية الحجز على المال الموهوب أو الموصى به ، لعزف – بلا شك – عن الهبة أو الوصية ، وهو ما لا تتحقق معه مصلحة أى من المتصرف إليه أو دائنيه .

---

[٧٩] وقد عبرت الأستاذة A. Leborgne ، عن ذلك ، فى تعليقها السابق (ص ٣٤٥) بقولها :

" on enseigne généralement qu'une insaisissabilité quelquonque ne peut résulter directement de la seule volonté d'un débiteur, le législateur seul pouvant énoncer un certain nombre d'insaisissabilités. "

[80] J. Patarin, note ss Cass. civ.1ère, 9 oct. 1985, préc., X. Savatier, note ss Cass. civ.1ère, 3 juin 1998, préc.

المبحث الثانى
مبدأ عدم القابلية للحجز
ومدى جواز إنشاء حق عينى تبعى
على المال الممنوع التصرف فيه

٣٧ - تمهيد :

إذا كان يمتنع على دائنى المتصرف إليه الحجز على المال الممنوع التصرف فيه ، فإن التساؤل يثور عن مدى جواز إنشاء حق عينى تبعى على هذا المال . وينصرف هذا التساؤل أساسا إلى حق الرهن بصورتيه ، باعتباره تصرفا إراديا .

وقد اضطرد قضاء محكمة النقض الفرنسية منذ عام ١٩٧٦ على الاعتراف للدائنين بالحق فى ترتيب رهن قضائى (ويقابله حق الاختصاص droit d'affecatin فى القانون المصرى) (٨١) أو قانونى (وهو يشمل بعض

---

(٨١) وقد كان القانون المدنى المختلط ينص على حق الرهن القضائى ، احتذاء بالقانون الفرنسى ، ولما صدر التقنين المدنى الوطنى فى سنة ١٨٨٣ استعاض من الرهن القضائى بحق الاختصاص ، وفى ٥ ديسمبر ١٨٨٦ عدل التقنين المدنى المختلط ، وحل فيه حق الاختصاص محل الرهن القضائى . ويتميز حق الاختصاص ، وخلافا لهذا الأخير بأنه لا ينشأ بقوة القانون ، بل لابد من إذن رئيس المحكمة ، كما أنه يكون خاصا بعقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين ، وذلك على العكس من الرهن القضائى الذى يقع على جميع عقارات المدين الحالة والمستقبلة .

راجع فى الرهن القضائى فى القانون الفرنسى :

Michel CABRILLAC et Christian MOULY, droit des sûretés, 6e éd.2002, p.789 et s.

وراجع فى تعريف حق الاختصاص ونشأته ، فى القانون المصرى ، وتمييزه عن الرهن القضائى : السنهورى ، الوسيط ، ج ١٠ ، التأمينات الشخصية والعينية ، ص ٥١٥ وما

حالات حق الامتياز) [٨٢] على المال الممنوع التصــرف فيــه ، واضــعا مصلحة أولئك الدائنين فى الاعتبار ، دون أن يعدل – فى ذات الوقت – عن التمسك بمبدأ عدم القابلية للحجز .

وإذا كان القضـاء الفرنسى قد ميز بين الرهن الاتفاقى من جهة ، وكل من الرهن القضائى والقانونى من جهة أخرى ، فحظر الأول دون الأخيرين ، فإن الفقه المصرى قد ثار فيه جدل شديد بشأن هذه المسألة .

وعلى هذا سنتناول هذا المبحث من خلال مطلبين ، (الأول) وضع القضاء مصلحة الدائنين فى الاعتبار (والثانى) تمسك القضاء بمبــدأ عــدم القابلية للحجز .

=بعدها ؛ عبد المنعم البدراوى ، التأمينات العينية ، ١٩٨٩ ، ص ٢٥٥ وما بعدها ؛ جلال محمد إبراهيم ، الحقوق العينية التبعية ، ص ٣٥٦ وما بعدها ؛ سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية ، ١٩٨٥ ، ص ٣٣٥ وما بعدها .

(٨٢) وقد نص المشرع الفرنسى فى المادة ٢١٢١ من التقنين المدنى على الحالات التى يتقرر فيها الرهن القانونى ، وهى (أ) حقوق كل من الزوجين لدى الآخر (ب) حقوق القصر والمشمولين بالوصاية (ج) حقوق الدولة ومؤسساتها العامة (د) حقوق الموصى له على التركة . ثم أحالت المادة سالفة الذكر إلى حالات أخرى منصوص عليها فى المادة ٢١٠١ فى فقراتها ٢ ، ٣ ، ٥ ، ٦ ، ٧ ، ٨ . راجع فى الرهن القانونى :
Michel CABRILLAC et Christian MOULY, op. Cit., p. 779 et s.

المطلب الأول

مدى حق دائنى المتصرف إليه فى إنشاء حق عينى تبعى على المال الممنوع التصرف فيه

٣٨ – موقف القضاء الفرنسى – وضع مصلحة الدائنين فى الاعتبار :

يعد حكم محكمة النقض الفرنسية فى ٢٤ أبريل ١٨٩٤ [٨٣] باكورة الأحكام التى اعترفت بحق دائنى المتصرف إليه فى رهن المال الممنوع التصرف فيه ، حيث قضى بأن الشرط المانع من التصرف أو الرهن لا يتعلق سوى بمنع الرهن الاتفاقى ، دون الرهن القانونى أو القضائى [٨٤] .

ويرى الفقه [٨٥] أن هذا الحكم يستند إلى التفسير السليم لإرادة الأطراف ، حيث لا يستفاد من الشرط المانع اتجاه إرادة الأطراف إلى حظر مثل هذا الرهن .

---

(83) Cass. civ., 24 avril 1894 : DP 1895, 1, p.91

(٨٤) وقد عبر الحكم عن هذا بالعبارة التالية :

"une clause interdisant de céder ou hypothéquer le bien n'emportait prohibition que des seules hypothèques conventionnelles, et non des hypothèques légales et judiciaires".

83 Rouen, 5 avril 1905, D. 1905, 2, p.241 ; cass.civ. 11 juin 1913, D. 1913, D. 1914, 1, p. 242 .

(85) R. Savatier, note ss Cass. civ.1èrer, 20 déc. 1976, *RTDciv* 1977, p.359.

وعلى العكس من ذلك قضت محكمة Rouen فـــى ١٩٠٥ ، ومــن بعدها محكمة النقض فى ١٩١٣ (٨٦) بعدم جواز ترتيب أى رهــن علـــى المال الممنوع التصرف فيه ، ولو كان رهنا قضائيا .

وفى تطور لاحق ، وفى حكم هام ، لم يكن له صدى فـــى حينـــه ، أجازت محكمة النقض لدائنى المتصرف إليه ترتيب رهن على المال الممنوع التصرف فيه ، فقضت فى ٢٠ ديسمبر ١٩٧٦ (٨٧) بإلغاء حكـــم محكمـــة الاستئناف الذى كان قد قضى بحق الواهب فى الرجوع فى الهبـــة المقترنـــة بشرط مانع من التصرف ، استنادا إلى أنه قد تم ترتيب رهن قانونى علـــى المال الموهوب بالمخالفة للشرط المانع من التصرف .

وقد استندت محكمة النقض فى قضائها إلى أن الرجوع فى الهبة la révocation de la donation لعدم مراعاة ما يقترن بها من قيود ، كالشـــرط المانع من التصرف ، لا يكون جائزا قانونا إلا إذا كان الإخلال بهذه القيـــود راجعا إلى الموهوب له ذاته .

والملاحظ على هذا الحكم أنه أكد على أن ترتيـــب الـــرهن بغيـــر إرادة الموهوب له المدين لا يجيز للواهب الرجوع فى الهبـــة . كمـــا أنـــه لم ينكر على الدائن حقه فى ترتيب رهن على المـــال الممنـــوع التصـــرف فيه . ولا خلاف فى الفقه على تأييد ما ذهبت إليه محكمة النقض (٨٨) .

---

(86) Rouen, 5 avril 1905, D. 1905, 2, p.241 ; cass.civ. 11 juin 1913, D. 1913, D. 1914, 1, p. 242 .

(87) Cass. civ 1ère, 20 déc. 1976 : *Bull. civ* I, n°414 ; *RTDciv* 1977, p.359, obs. R. Savatier ; D. 1977, IR, p.149.

(88) R. Savatier, note ss Cass. civ.1ère, 20 déc. 1976, préc., D. Martin, note ss Cass. civ.1ère, 25 juin 1980, préc., J. Patarin, note ss Cass. civ.1ère, 25 juin 1980, préc.

وقد قدر لهذا الحكم أن يكون مثالا تهتدى به أحكام تالية ، من ذلك ما قضت به الدائرة الأولى لمحكمة النقض فى ٢٥ يونيو ١٩٨٠ (٨٩) من عدم قبول الطعن فى حكم الاستئناف فيما قضى به من رفض دعوى الواهب فى الرجوع فى الهبة ، والتى استند فيها إلى قيام دائنى الموهوب إليه بترتيب رهن قانونى على المال الممنوع التصرف فيه . وقد أقام الحكم المطعون فيه قضاءه على أن الرهن – فى هذه الواقعة – لم يكن صادرا عن الموهوب له ، بل عن وكيل الدائنين le syndic à la liquidation ، وهو ما أيدته محكمة النقض .

وهكذا فإنه يجب ، وفقا لقضاء محكمة النقض فى ١٩٧٦ و١٩٨٠ التفرقة بين الرهن الاتفاقى من ناحية ، وكل من الرهن القانونى والقضائى من ناحية أخرى .

ولكن ما مدى صحة هذه التفرقة فى ضوء المصلحة التى يرمى الشرط المانع من التصرف إلى حمايتها ؟ للإجابة عن ذلك ، نستعرض فيما يلى موقف الفقه سواء فى فرنسا أو فى مصر من هذه المسألة .

٣٩ – موقف الفقه الفرنسى :

ثار الجدل فى الفقه الفرنسى حول تبرير مسلك القضاء فى التفرقة بين الرهن الاتفاقى من ناحية ، وكل من الرهن القانونى والقضائى من ناحية أخرى ، وطرحت تساؤلات عديدة : فما الفارق بين أن يتم الرهن بإرادة

---

(89) Cass. civ 1ère, 25 juin 1980 : *Bull. civ.*I, n°200 ; D. 1981, IR, p.90, obs.D. Martin ; *Defrénois* 1981, art. 32608, p.468, obs.G. Champenois ; *RTDciv* 1981, p.671, obs. J.Patarin.

الموهوب له أو رغما عنه ؟ ولماذا تهدر آثار الرهن فى الحالة الأولى دون الثانية ؟ . وقد انقسم الفقه فى هذه المسألة إلى رأيين :

٤٠ - الرأى الأول - رفض مسلك القضاء فى الاعتراف للدائن برهن المال الممنوع التصرف فيه رهنا قضائيا أو قانونيا :

ويستند هذا الرأى إلى العديد من الأسانيد ، على النحو التالى :

١ - عدم وجود ما يبرر التمييز بين الموهوب له من ناحية ، ودائنيه من ناحية أخرى ، أو بالأدق بين الدائن المرتهن فى الرهن الاتفاقى الذى يتم بإرادة المدين ، والدائن المرتهن فى كل من الرهن القانونى أو القضائى [٩٠] .

٢ - تعارض هذه التفرقة مع الطابع العينى للمنع من التصرف : فالشرط المانع من التصرف - وفقا للغالب فى الفقه الفرنسى [٩١] - إذ ينشئ تكليفا عينيا charge réelle على المال الممنوع التصرف فيه (أو بتعبير آخر ، يترتب عليه عدم تصرف عينى indisponibilité réelle) فإنه يلزم من ذلك منع ترتيب الرهن - الذى يهدد بإخراج المال من ذمة المتصرف إليه - على المال الممنوع التصرف فيه ، سواء كان ذلك بإرادة المتصرف إليه أو رغما عن إرادته .

وبعبارة أخرى ، فإنه نظرا للطابع العينى للمنع من التصرف ، فإنه كما يمتنع على المتصرف إليه المدين ترتيب الرهن بإرادته ، فإنه يمتنع كذلك على دائنيه توقيع هذا الرهن رغما عنه ، أى سواء كان ذلك رهنا

[90] Maguet, note ss Cass. req., 20 févr. 1939, préc.
[91] M. PLANIOL, G.RIPERT, op. cit.n° 2343 et s..

قانونيا أو رهنا قضائيا . ومن ثم تغدو التفرقة بين الرهن الاتفاقى من جهة ، وكل من الرهن القانونى والقضائى من جهة أخرى تفرقة غير مبررة .

٣ – إن إجازة الرهن القضائى أو القانونى دون الرهن الاتفاقى ، بدعوى أن كليهما يقع رغما عن إرادة المتصرف إليه ، يفتح باب التحايل أمام هذا الأخير ، إذ ما أيسر عليه أن يستدين ليتوصل دائنوه إلى استصدار حكم بتقرير حق اختصاص على العقار ، ومن ثم تتحقق ذات العلة التى من أجلها قام مبدأ عدم القابلية للحجز [٩٢] .

٤ – كما تبدو عدم سلامة هذه التفرقة ، بوجه خاص وبوضوح ، حيث يكون الغرض من الشرط المانع من التصرف حماية مصلحة المتصرف إليه ذاته من سوء تقديره ورعونته ، إذ إن إجازة الرهن أيا كان نوعه يخالف – من غير شك – قصد وإرادة المتصرف .

٥ – عدم وجود جدوى عملية لهذه التفرقة : إذ أنه لما كان الاتجاه الغالب فى القضاء الفرنسى – على ما أسلفنا – هو أن مبدأ عدم القابلية للحجز يحتج به فى مواجهة الدائنين الذين تنشأ حقوقهم أثناء مدة المنع من التصرف ، ولو بعد انقضاء هذه المدة ، فكيف يمكن ، والحال كذلك ، أن نعترف بإمكانية توقيع رهن لن يؤدى فى نهاية المطاف إلى التنفيذ على المال الممنوع التصرف فيه ؟ وما جدوى مثل هذا الرهن أمام تأبيد عدم القابلية للحجز ؟ . وبعبارة أخرى كيف يستقيم الجمع بين عدم جواز الحجز المؤبد وبين ترتيب الرهن ؟ لا شك أننا إن سلمنا بإمكانية ترتيب الرهن رغم تأبيد عدم الحجز ، فإننا بذلك نحاول الجمع بين متناقضين لا التئام بينهما . وهنا خياران لا ثالث لهما إما الإبقاء على مبدأ عدم القابلية للحجز المؤبد ، أو إهداره لمصلحة الدائنين .

---

(92) Maguet, note ss Cass. req., 20 févr. 1939, préc.

٤١ - الرأى الثانى - تأييد مسلك القضاء فى الاعتـراف للـدائن برهن المال الممنوع التصرف فيه رهنا قضائيا أو قانونيا :

ويستند هذا الرأى إلى ما يلى :

١ - أن التمييز بين الرهن الاتفاقى من ناحية ، وكل مـن الـرهن القضائى والقانونى من ناحية أخرى ، له ما يبرره ، فالشـرط المـانع مـن التصرف ، يمنع المتصرف له ، وحده ، من ترتيب رهن بإرادته على المال الممنوع التصرف فيه ، وهذا ما يبرر عدم صحة إبرام مثل هـذا الـرهن ، ولا يصح الزعم هنا أن الشرط لم يحظر الرهن بذاته ، لأن منع التصـرف يشمل منع الرهن باعتبار أن هذا الأخير من أعمال التصرف ، فضلا عـن أن الدائن المرتهن يعلم بوجود الشرط المانع من التصرف حال شـهر هـذا الأخير (٩٣) .

٢ - أن التسليم للدائن بالحق فى رهن المال الممنوع التصرف فيه ، سواء رهنا قانونيا أو رهنا قضائيا ، لا يخلو من فائدة ، حتى فى الحالة التى لا يستطيع فيها الدائن الحجز على المال فى الحال ، ذلك أن الدائن المرتهن - الذى قيد رهنه - يكون له حق التقدم على غيره من الدائنين المرتهنين les créanciers hypothécaires غير المقيدة حقوقهم أو التالين له فى القيد ، وكذلك على غيره من الدائنين العاديين les créanciers chirographaires (٩٤) .

---

(93) J. Casey, note ss Cass. civ.1ère, 3 juin 1998, préc.

(94) J. Patarin, note ss Cass. civ.1ère, 25 juin 1980, préc. ; L. Aynès, note ss Cass. civ. 1ère, 9 oct. 1985 : A. Leborgne, note ss Cass. civ.1ère, 15 juin 1994, préc.

وتؤكد الأستاذة A. Leborgne على إمكانية توقيع الحجز ، من قبل دائنى المتصرف إليه ، على المال الممنوع التصرف فيه .

٣ - أنه لا محل من التخوف الذى يبديه البعض ، من حكمى ١٩٧٦ و١٩٨٠ ، حيث إن آثار قيد مثل هذا الرهن لا تصل إلى حد تهديد مبدأ عدم القابلية للحجز، الذى ظل القضاء مخلصا له وأمينا عليه .

وإجمالا ، يمكن القول إن موقف القضاء الفرنسى بقصر حظر الرهن على الحالة التى يكون فيها هذا الرهن إراديا ، يكشف عن ميل هذا القضاء إلى جانب دائنى المتصرف إليه .

٤٢ - موقف الفقه المصرى :

اختلف الرأى فى الفقه المصرى بشأن مدى جواز إنشاء رهن على المال الممنوع التصرف فيه . ويرجع هذا الاختلاف إلى اختلافهم فى تحديد مضمون التصرف .

فالرأى الغالب [٩٥] يرى أن المنع من التصرف ، إذا ورد مطلقا ، فإنه يحمل على إطلاقه ، ومن ثم يشمل التصرف الكلى والتصرف الجزئى ، فلا يجوز أى تصرف من شأنه نقل الملكية أو إنشاء أى حق عينى آخر . وترتيبا على ذلك لا يجوز الرهن سواء كان رسميا أو حيازيا ، استنادا

---

(٩٥) السنهورى ، الوسيط ، ج ١٠ ، بند ١٥٧ ص ٢٨١ ؛ منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق ، بند ٤٦ ص ١٠٤ وما بعدها ؛ حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص ١٢٦ ؛ الصدة ، بند ١١٤ ص ١٧٤ ؛ محمد على عرفة ، المرجع السابق ، بند ٢٦٨ ص ٣٦٩ ؛ عبد الفتاح عبد الباقى ، الأموال ، بند ١١٩ ص ١٧٠ ؛ جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ، بند ٢٠ ص ٥٥ ؛ عبد المنعم البدراوى ، حق الملكية ، سالف الإشارة ، بند ٦٨ ص ٩٦ ؛ عبد الناصر العطار ، المرجع السابق ، ص ٨٨ ؛ حسام الأهوانى ، المرجع السابق ، ص ١٧ ؛ محسن عبد الحميد إبراهيم البيه ، الحقوق العينية التبعية فى القانون المصرى ، مكتبة الجلاء الجديدة ، ١٩٩٥ ، ص ٤٠ ؛ محمود السيد عبد المعطى خيال ، الحقوق العينية الأصلية ، ٢٠٠١ ، ص ٧٨ .

إلى أن الرهن لا تكون له أية قيمة ما لم يستتبع التنفيذ على المال المرهون ، وهو الحال عند رهن المال الممنوع التصرف فيه ، حيث يترتب على المنع من التصرف عدم جواز الحجز على هذا المال ، ومن ثم يفقد الـــرهن كـــل قيمة له .

بينما يذهب رأى آخر [٩٦] - نفضله - إلى أن لفظ التصــرف إذا ورد مطلقا ، فلا ينصرف إلا إلى معناه الضيق ، وهو نقل الملكية ، عمـــلا بالأصل وهو حرية التصرف ، ومن ثم يجوز إنشاء أى حق عينى ، كالرهن ، متى كان لا يتعارض مع اشتراط المنع من التصرف . فإذا اشترط البـــائع على المشترى عدم التصرف فى المبيع قبل الوفاء بـــالثمن ، فمـــا ذلـــك إلا ليتجنب إجراءات تتبع المبيع فى مواجهة الغير ، بمقتضـــى حـــق الامتيـــاز الثابت له ، وهذه مصلحة مشروعة ، فإذا رهن المشـــترى المبيـــع ، وقـــام المرتهن بالتنفيذ عليه وبيعه بالمزاد ، فلا خوف من ذلك على مصلحة البائع

---

(٩٦) أحمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ١٤٩ ؛ لبيب شنب ، المرجع السابق ، ص ٢٩٧ .

وتجدر الإشارة إلى أن هذه المسألة تختلف عن مسألة أخرى أثارت الجدل كذلك ، وهى مدى صحة الشرط المانع من التصرف ، إذا ورد فى عقد الرهن ذاته ، حين يشترطه الدائن المرتهن على المدين الراهن ، بعدم التصرف فى المال المرهون . والراجح فى هذه المسألة هو عدم جواز ذلك ، لاصطدام الشرط ، فى هذا الفرض ، مع قاعدة أساسية هى إطلاق حرية الراهن فى التصرف . انظر : السنهورى ، الوسيط ، حق الملكية ، ج ٨ هامش ص ٤٤٥ ؛ الصدة ، حق الملكية ، بند ١٠٧ ص ١٦٦ ؛ منصور مصطفى منصور ، بند ٤٤ ص ١٠٢ ؛ إسماعيل غانم ، بند ٣٨ ص ٧٩ ؛ البدراوى ، بند ٦٣ ص ٩٠ ؛ سمير تناغو ، المرجع السابق ، هامش رقم (١) ص ١٧٦ . عكس ذلك : حسن كيرة ، بند ٥٣ ص ١٢٢ .

الذى يستوفى حقه من الثمن دون أن يلجأ إلى تتبع المبيع ؛ الأمـر الـذى لا يمثل فيه الرهن تهديدا لمصلحة البائع .

ويرى هذا الرأى – بحق – أنه لا محل للتخوف من أن يؤدى الرهن إلى خروج المال من ذمة المتصرف إليه ، لأن المال الممنوع التصرف فيه غير قابل للحجز ما بقى المنع قائما ، فضلا عن أن منطـق هـذا التخـوف يستوجب القول بمنع المتصرف إليه من أن يصبح مدينا طيلة قيام الشـرط . كما أنه لا وجه للقول بعدم وجود جدوى عملية من وراء مثل هذا الـرهن ، وأنه لا مصلحة للدائن فى أن يرتهن ما لا يستطيع الحجز عليه ، فتلك مسألة متروك تقديرها للدائن نفسه ، وهو على كل حال يستطيع الحجز على المال بعد انتهاء مدة المنع [٩٧] .

ولكن يثور هنا تساؤل آخر ، بشأن مـدى جـواز حصـول دائـن المتصرف إليه ، على أمر اختصاص على عقار ممنوع التصرف فيه . وقد مر بنا ، أن القضاء الفرنسى أجاز الرهن القضـائى – وهـو يقابـل حـق الاختصاص فى القانون المصرى – على هذا المال . ونتناول هذه المسـألة فيما يلى :

٤٢ م – مدى جواز الحصول على أمر اختصاص على عقار ممنوع التصرف فيه :

تنص المادة ١٠٨٨ من التقنين المدنى المصرى على أنه " لا يجوز أخذ حق الاختصاص إلا على عقار أو عقارات .... جائز بيعهـا بـالمزاد العلنى " .

---

[٩٧] أحمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ١٤٩ .

ويستفاد من هذا النص أن العقار ، محل حق الاختصاص ، يشترط فيه أن يكون مما يجوز بيعه بالمزاد العلني . والحكمة من ذلك هي أن يكون هذا العقار مما يجوز الحجز عليه ، حتى يتمكن الدائن من استيفاء دينه منه ، عن طريق التنفيذ عليه (٩٨) .

وقد يقال إن مقتضى هذا الشرط هو عدم جواز الحصول على أمر اختصاص على العقار الممنوع التصرف فيه ، لتعارض ذلك مع مبدأ عدم قابلية هذا العقار للحجز من قبل دائني المتصرف إليه .

ولكن إذا كنا قد انتهينا – وفقا للرأي الذى نميل إليه – إلى جواز إنشاء حق الرهن على المال الممنوع التصرف فيه ، للاعتبارات التي قدمناها (وهى عدم الخشية من خروج المال من ذمة المتصرف إليه أثناء مدة المنع ، وترك مسألة توافر المصلحة فى رهن ما لا يجوز الحجز عليه ، أثناء هذه المدة ، لتقدير الدائن) ، فإننا نميل أيضا إلى القول بجواز الحصول على أمر اختصاص على العقار الممنوع التصرف فيه ، لذات الاعتبارات ، يضاف إليها ، وهذا هو الأهم ، أن أخذ هذا الاختصاص عمل خارج عن إرادة المتصرف إليه .

وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية فى ذلك بأن " الشرط الذى ينص عليه فى عقد البيع ، بأن ليس للمشترى الحق فى التصرف فى العين المبيعة ، حتى يوفي كل الثمن ، لا يحرم دائن المشتري من أخذ اختصاص على هذه العين ، ولا يعد هذا الاختصاص تصرفا من المشتري ، لأنه عمل خارج عن إرادته ، آت من جهة الغير " (٩٩) .

---

(٩٨) جلال محمد إبراهيم ، الحقوق العينية التبعية ، سالف الإشارة ، ص ٣٧٣ .

(٩٩) استئناف وطنى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٥ ، المجموعة الرسمية ٢٨ ، رقم ٣٨ ص ٦١ . وانظر أيضا : استئناف مختلط ١٣ مايو ١٩٠٣ – المجموعة ١٠

المطلب الثانى

تمسك القضاء بمبدأ عدم القابلية للحجز

٤٣ - تمسك القضاء الفرنسى بمبدأ عدم القابلية للحجز رغم إجازة الرهن القضائى أو القانونى :

أكدت محكمة النقض الفرنسية فى العديد من الأحكام على تمسكها بمبدأ عدم القابلية للحجز ، وأن جواز رهن المال الممنوع التصرف فيه رهنا قضائيا أو قانونيا ، ليس من شأنه المساس بهذا المبدأ.

من ذلك حكمها الصادر فى ٩ أكتوبر ١٩٨٥ (١٠٠) ، والذى قضى بأن " ترتيب مثل هذا الرهن لا يؤدى إلى تعطيل أثر الشرط المانع من التصرف ، إذ ليس من شأنه أن يسمح بتوقيع الحجز ، طالما كان هذا الشرط نافذا " (١٠١).

ولا يعنى هذا الحكم عدول محكمة النقض عن مبدأ عدم القابلية للحجز ، بل على العكس يكشف عن تمسكها بهذا المبدأ أثناء مدة المنع من التصرف ، حتى فى حالة ترتيب رهن قضائى ، حيث لا يكون من شأن هذا

ص ٩٢ ، حيث قضت بأن الشرط المانع - ولو كان مسجلا - لا يمنع الدائن من أخذ حق اختصاص على العقار الممنوع التصرف فيه ، ومن التنفيذ عليه .

(100) cass. 1re civ., 9 oct.1985, RTDciv., obs. J. PATARIN.

(١٠١) وقد أفصحت المحكمة عن ذلك بقولها :

"l'inscription d'hypothèque judiciaire ne tient pas en échec une clause d'inaliénabilité en ce sens qu'elle ne permet pas la saisie tant que cette clause est en vigueur ."

الأخير إهدار أثر الشرط المانع من التصرف ، فيما يترتب عليه من عدم قابلية المال الممنوع التصرف فيه للحجز .

وقد تأكد هذا الاتجاه ، لاحقا ، فى حكمين - حديثين نسبيا - لمحكمة النقض الفرنسية ، هما حكم ٣٠ يونيو ١٩٩٣ وحكم ١٥ يونيو ١٩٩٤ ، وقد حظيا باهتمام الفقه ، على نحو ما نبينه فيما يلى :

٤٤ - حكم ٣٠ يونيو ١٩٩٣ (١٠٢) :

وقد صدر بمناسبة دعوى تتحصل وقائعها فى قيام دائن بالتنبيه بالحجز العقارى على عقار un commandement de saisie immobilière موهوب لمدينه مع شرط عدم التصرف فيه . تمسك الموهوب له ببطلان التنبيه ، وأيدته فى ذلك محكمة الاستئناف .

طعن الدائن فى الحكم ، مؤسسا طعنه على أن عدم القابلية للحجز المترتب على الشرط المانع من التصرف ، لا يمنع القاضى ، وهو بصدد النظر فى صحة الحجز ، من أن يرفع المنع من التصرف ، بناء على طلب الدائن عن طريق الدعوى غير المباشرة ، وفقا لنص المادة ٩٠٠ / ١ من القانون المدنى (١٠٣) .

وبعبارة أخرى ، فإن هذا الطعن يقوم على أساس أن القاضى يستطيع ، إذا رفع المنع من التصرف بناء على طلب الدائن - متى أثبت بطلان

(102) Cass. civ 2ème, 30 juin 1993 : *Bull. civ.* II. n°241 ; D. 1995, somm., p.50, obs. .M. Grimaldi .

(١٠٣) انظر لاحقا فى مدى إمكانية رفع المنع من التصرف عن طريق الدعوى غير المباشرة ص ٨١ وما بعدها .

الشرط المانع من التصرف أو زواله بعد قيامه - أن يلغى تبعا لـذلك عـدم القابلية للحجز .

غير أن محكمة النقض لم تقبل هذا النظر ، وأيدت محكمة الاستئناف فيما ذهبت إليه من أنه " يجب ، عند النظر فى صحة الحجز ، أن تؤخذ فى الاعتبار ، ألفاظ الهبة لحظة إبرامها ، الأمر الذى يجدر معه القول بـبطلان التنبيه لوقوعه على مال غير قابل للتصرف فيه " (١٠٤) .

ويلاحظ البعض (١٠٥) على هذا الحكم ما يلى :

فمن جهة أولى أكد هذا الحكم على تمسك محكمة النقض بمبدأ عـدم القابلية للحجز كأثر حتمى لعدم القابلية للتصرف .

ومن جهة ثانية ، فقد قرر الحكم أن التنبيه بالحجز الذى يقـع علـى مال ممنوع التصرف فيه ، بعد تسجيل الشرط المانع من التصـرف ، يقـع باطلا .

وأخيرا ، ووفقا لهذا للحكم ، فإن العبرة فى تحديد صـحة الحجـز من عدمها تكون فى وقت إدراج الشرط المانع من التصرف ، فيقع الحجـز باطلا إذا كان شرط المنع قائما وصحيحا ، حتى لو زال هذا المنع فى وقـت لاحق ، ومن ثم فلا يؤخذ فى الاعتبار رفع المنع أو زواله بعد هذا الوقت ، ولا يكون لذلك أثر على تقرير صحة الحجز ، ولا يترتب على هذا الرفع أو

---

(١٠٤) وهو ما أكدته المحكمة بقولها :

" la validité de la saisie doit s'apprécier compte tenu des termes de la donation au moment où elle est pratiquée, à savoir, la publication du commandement et qu'il convenait de prononcer la nullité de celui-ci, comme portant sur un bien insaisissable. "

(105) P. FREDERIC, op. Cit., p. 41.

الزوال اللاحق للشرط تصحيح الحجز الذى يبقى باطلا لوقوعه على مال غير قابل للحجز عليه .

وخلاصة ذلك أن هذا الحكم يعد تأكيدا جليا على أن محكمة النقض لم تزل تتمسك بمبدأ عدم جواز الحجز كأثر للمنع من التصرف .

ويلاحظ أخيرا ، أن ثمة مسألة جوهرية ، أثارها الطعن بالنقض صراحة ، وهى مسألة مدى إمكانية لجوء دائن المتصرف إليه إلى الدعوى غير المباشرة – استعمالا لحق مدينه – فى طلب رفع المنع من التصرف ، حيث تجاهل الحكم التعرض لهذه المسألة – على أهميتها كما سنرى – فلم يلتفت إليها ، بل اكتفى بأن يقرر بطلان الحجز .

٤٥ – حكم ١٥ يونيو ١٩٩٤ (١٠٦) :

وترجع وقائع هذا الحكم إلى قيام دائن ، بعد حصوله على حكم بتقرير رهن قضائى ، بالتنبيه بالحجز على مال موهوب مع اشتراط عدم التصرف فيه ، فتمسك كل من الواهب والموهوب له ، فى مواجهته ، ببطلان التنبيه بالحجز ، استنادا إلى وجود الشرط المانع من التصرف ، فقضت محكمة الموضوع برفض الدفع ، كما قضت ببطلان الشرط لعدم قيام كل من الواهب والموهوب له بإثبات جدية ومشروعية المصلحة التى تبرر وجود الشرط .

طعن كل من الواهب والموهوب له فى هذا الحكم متمسكين بصحة الشرط .

---

(106) Cass. civ. 1ère, 15 juin 1994 : Bull. civ.I, n°211 ; D. 1995, p.342, note A. Leborgne et somm. P.50, obs. Grimaldi ; JCP 1995,éd G., II, n°3876, n°8, obs. R. Le Guidec ; RTDciv 1995, p.666, obs. J. Patarin et p.919, obs. F. Zenati .

قضت محكمة النقض – قبولا للطعن – بصحة الشرط ، حيث ألغت الحكم المطعون فيه فيما ذهب إليه من عدم صحة الشرط ، لقصور هذا الحكم فى تسبيب ما انتهى إليه .

كما أنها – تأييدا للحكم المطعون فيه – ألقت على عاتق من يتمسك به – وهما الواهب والموهوب له – عبء إثبات صحة شرط المنع من التصرف .

إضافة إلى ذلك ، أثارت المحكمة من تلقاء نفسها مسألة أخرى ، استنادا إلى نص المادة ٩٠٠ / ١ من القانون المدنى ، وهى عدم صحة الحجز الذى يقع على مال ممنوع التصرف فيه ، متى كان شرط المنع نافذا ، وهو ما أكدت عليه فى مستهل حكمها بقولها إنه " يستفاد من هذا النص – ٩٠٠ / ١ مدنى – أن العقار الموهوب أو الموصى به ، والممنوع التصرف فيه ، لا يمكن أن يكون محلا للحجز ، طالما كان الشرط نافذا " (١٠٧) .

وتفريعا على هذا خلصت المحكمة إلى أنه " طالما كان هذا الشرط – والذى سبق تسجيله – نافذا ، فإنه يحتج به فى مواجهة .... الدائن لكل من أحد الواهبين والموهوب له ، ومن ثم يمتنع عليه – أى على الدائن – مباشرة الحجز على المال محل الهبة " (١٠٨) .

---

(١٠٧) وقد عبرت المحكمة عن ذلك بقولها :

" il résulte de ce texte que l'immeuble donné ou légué, affecté d'une clause d'inaliénabilité, ne peut faire l'objet d'une saisie tant que cette clause est en vigueur. ".

(١٠٨) وقد أفصحت المحكمة عن ذلك بوضوح فى قولها :

" tant qu'elle était en vigueur, cette clause d'inaliénabilité de la donation qui, ayant été publiée, était opposable à la société Sofal, créancier de l'un des donateurs et du donataire, interdisait à cette société de procéder à la saisie du bien objet de la donation ".

وتبدو أهمية هذا الحكم من جهتين ، الأولى تتعلق بتحديد عبء إثبات صحة الشرط المانع من التصرف ، والثانية تتعلق بمحل الإثبات :

٤٦ - (أ) عبء الإثبات :

أثار هذا الحكم مسألة هامة وهى تحديد من يقع عليه عبء إثبات صحة الشرط المانع من التصرف . فالأصل هو سلامة العقود وصحتها ، وأن من يدعى خلاف ذلك عليه عبء إثبات ما يدعيه [١٠٩] . فهل يؤخذ بهذا الأصل أم لا فى نطاق المادة ٩٠٠ / ١ مدنى فرنسى ، فيما تضمنته من الاعتراف للمتصرف إليه فى طلب رفع الشرط المانع من التصرف ، كقيد على مبدأ حرية التصرف فى المال ؟ .

ذهب البعض [١١٠] إلى أنه لا محل للخروج على القواعد العامة فيما يتعلق بتحديد عبء الإثبات ، فيجب على من يدعى عدم صحة الشرط المانع من التصرف أن يثبت ما يدعيه .

بينما ذهب البعض الآخر [١١١] - بحق - إلى أنه يجب أخذ الطابع الاستثنائى للشرط المانع من التصرف فى الاعتبار عند تحديد عبء الإثبات ، فالشرط قيد على مبدأ حرية التصرف فى الأموال ، مما يتعين معه قلب عبء الإثبات ، ومن ثم يجب على من يتمسك به ، وهو المدعى عليه فى دعوى بطلان الشرط ، أن يثبت توافر مصلحة جدية ومشروعة تبرر الشرط ، فالأصل هو عدم صحة الشرط ، وعلى من يدعى العكس إثبات ذلك ، ولذا

---

(١٠٩) السنهورى ، الوسيط ج ٢ ، بند ٤٩ ص ٦٢ وما بعدها .

(110) P. Simler, les clauses d'inaliénabilité, *D.* 1971.416-1.

(111) F. Terré et P. Simler, *droit civil. Les biens*, n° 118,p. 102 . Leborgne,D. 1995, p.342, note précit.

فإنه يجب - وفقا لهذا الرأى - على الواهب أو الموهوب له أن يثبت وجود هذه المصلحة الجدية والمشروعة .

ويتفق هذا الرأى مع صياغة نص المادة ٩٠٠ / ١ والتى يستفاد منها أن صحة الشرط المانع من التصرف استثناء من أصل عام ، هو حظر مثل هذه الشروط ، حيث نصت على أن " شروط المنع من التصرف لا تكون صحيحة إلا إذا كانت مؤقتة ومبررة بمصلحة جدية ومشروعة " ، فالشرط بحسب هذه الصياغة استثناء لا أصل ، بحيث يجب على من يتمسك به ، أن يثبت صحته ، بأن يقيم الدليل على توافر شروط هذه الصحة .

وقد أخذ حكم ١٥ يونيو ١٩٩٤ بهذا الرأى الأخير ، إذ قلب عبء الإثبات ، ليقع على عاتق من يتمسك بصحة الشرط لا على من يدعى بطلانه ، مؤيدا - فى هذا الشق - ما قضى به الحكم المطعون فيه من أنه " يتعين على من يفيد من مثل هذا الشرط أن يثبت المصلحة الجدية والمشروعة التى يدعيها " (١١٢) .

٤٧ - (ب) محل الإثبات :

رغم تأييد حكم ١٥ يونيو ١٩٩٤ للحكم المطعون فيما يتعلق بتحديد من يتحمل عبء إثبات صحة الشرط على ما ذكرنا حالا ، إلا أنه لم يوافقه فيما يتعلق بتحديد المصلحة المشروعة ، التى هى محل الإثبات ، حيث قدر أن اشتراط الواهب المنع من التصرف ، والاحتفاظ بحق الانتفاع بالمال الموهوب تبرره مصلحة جدية ومشروعة هى رغبة الواهب فى أن يطمئن إلى أنه فى استعماله لهذا الحق لن يتعامل سوى مع ابنيه الموهوب لهما .

---

(112) *" il appartient à celui qui se prévaut d'une telle clause de justifier de l'intérêt sérieus et légitime qu'il allègue".*

وأيا ما كان الأمر ، فالمبدأ الذى تمسك به حكم ١٥ يونيو ١٩٩٤ هو عدم قابلية المال للحجز ، حتى لو كان بإمكان الدائن رهن المال رهنا قانونيا أو قضائيا .

ولكن لا يعنى ذلك أن دائنى المتصرف إليه يواجهون طريقا مسدودا ، فلا يزال الأمل معقودا على نص المادة ٩٠٠ / ١ مدنى فرنسى ، والتى تجيز للمتصرف إليه أن يحصل على إذن من القضاء بالتصرف فى المال المشترط عدم التصرف فيه ، ولعل السؤال الذى يفرض نفسه هنا بقوة ، لماذا لا تكون هذه الإمكانية متاحة كذلك لدائنيه عن طريق الدعوى غير المباشرة ؟ .

الفصل الثانى

مدى إمكانية رفع المنع من التصرف عن طريق الدعوى غير المباشرة

٤٨ - تمهيد وتقسيم :

قدمنا أنه حين صدر قانون ٣ يوليو ١٩٧١ ، بإضافة المادة ٩٠٠ / ١ إلى التقنين المدنى ، أصبح من الجائز للمتصرف إليه أن يستصدر إذنا من القضاء برفع المنع من التصرف ، إما فى حالة زوال المصلحة التى استند إليها الشرط ، أو فى حالة ظهور مصلحة أخرى أكثر أهمية .

وقد ثار التساؤل عما إذا كان يجوز لدائنى المتصرف إليه ، كذلك ، مباشرة هذا الحق عن طريق الدعوى غير المباشرة ، على أساس المادة ٩٠٠ / ١ .

وللإجابة عن هذا التساؤل يلزم أن نحدد أولا مفهوم المصلحة الأكثر أهمية ، ومدى إمكان اعتبار مصلحة الدائن فى استيفاء حقه ، مصلحة أكثر أهمية ، تجيز له طلب رفع المنع من التصرف . كما يلزم أيضا أن نعرض لمدى توافر شروط الدعوى غير المباشرة فى حالة رفع المنع من التصرف من قبل دائنى المتصرف إليه .

وعلى ذلك ، تنقسم الدراسة فى هذا الفصل إلى مبحثين كما يلى :

المبحث الأول - مفهوم المصلحة الأكثر أهمية التى تبرر رفع المنع من التصرف فى ضوء المادة ٩٠٠ / ١ مدنى فرنسى .

المبحث الثانى - رفع المنع من التصرف فى ضوء شروط الدعوى غير المباشرة .

المبحث الأول
مفهوم المصلحة الأكثر أهمية
فى ضوء المادة ٩٠٠ / ١ مدنى فرنسى

٤٩ - وضع المشكلة :

أشرنا ، فى غير موضع ، إلى أن المادة ٩٠٠ / ١ أجازت للمتصرف إليه طلب الإذن بالتصرف ، وأنها تتصرف صراحة إلى المتصرف إليه ، وهو ما أثار جدلا واسعا ، سواء فى الفقه أو القضاء الفرنسيين ، حول نطاق إعمال الحكم الوارد به .

كما طرحت - فى هذا الصدد - العديد من التساؤلات ، فهل يمكن أن يفيد دائنو المتصرف إليه من حكم هذه المادة ؟ وما هو المقصود بالمصلحة الأكثر أهمية التى تبرر طلب رفع المنع من التصرف ؟ هل هى مصلحة المتصرف إليه فحسب ؟ أم من الممكن أن تكون مصلحة دائنيه كذلك ؟ وهل يجوز لهؤلاء الأخيرين اللجوء إلى الدعوى غير المباشرة للمطالبة بحق مدينهم - المتصرف إليه - فى طلب رفع المنع من التصرف حال تقاعسه أو إهماله فى المطالبة بهذا الحق ؟

انقسم الرأى إزاء هذه المشكلة ، خاصة بعد تزايد اتجاه الدائنين نحو استعمال الدعوى غير المباشرة منذ عام ١٩٧١ وقت بدء سريان تطبيق المادة ٩٠٠ / ١ مدنى ، حيث أبدت الغالبية العظمى من الفقه والقضاء موقفا متشددا تجاه مصلحة الدائن ، منكرة عليه حقه فى اللجوء إلى الدعوى غير المباشرة ، وذلك عن طريق تفسير نص المادة ٩٠٠ / ١ تفسيرا ضيقا ، ومن ثم تبنى مفهوم ضيق " للمصلحة الأكثر أهمية " . بينما مال جانب آخر من القضاء إلى التسليم للدائن باللجوء إلى الدعوى غير المباشرة ، مؤثرا

تفسير النص السالف تفسيرا واسعا ، ومن ثم اعتناق مفهوم واسع " للمصلحة الأكثر أهمية " .

٥٠ - تقسيم :

فى ضوء ما تقدم يمكن تقسيم الدراسة فى هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالى :

المطلب الأول : المفهوم الضيق للمصلحة الأكثر أهمية .

المطلب الثانى : المفهوم الواسع للمصلحة الأكثر أهمية .

المطلب الأول

المفهوم الضيق للمصلحة الأكثر أهمية

٥١ – استبعاد مصلحة الدائن من مفهوم المصلحة الأكثر أهمية :

يذهب هذا الاتجاه إلى وجوب تفسير المادة ٩٠٠ / ١ تفسيرا ضيقا ، بحيث يقتصر حكم إجازة طلب الإذن بالتصرف فى المال الممنوع التصرف فيه ، على المتصرف إليه ، عملا بصراحة النص الذى ينصرف إليه دون غيره ، حيث يقضى بأنه " يجوز أن يؤذن قضائيا لكل من الموهوب له أو الموصى له بالتصرف فى المال .... " ، ومن ثم فلا محل للاجتهاد والتوسع فى تفسير النص أمام صراحة عبارته .

ويترتب على هذا التفسير أنه لا يجوز لغير المتصرف إليه ، وبخاصة دائنيه ، الإفادة من الحكم الوارد بالمادة سالفة الذكر ، فلا يكون لهم اللجوء إلى الدعوى غير المباشرة لاستعمال حقه فى طلب الإذن بالتصرف فى المال .

ويبدأ أنصار هذا الاتجاه بالتأكيد على أن اللجوء إلى الدعوى غير المباشرة لا يكون له محل ما لم تتوافر ، أولا ، شروط تطبيق المادة ٩٠٠ / ١ سالفة الذكر ، وهى زوال المصلحة التى قام عليها الشرط المانع من التصرف أو ظهور مصلحة أخرى أكثر أهمية ، بالإضافة إلى تقاعس المتصرف إليه عن طلب رفع المنع من التصرف .

ولكن يلاحظ أن مجرد توافر هذه الشروط لا يعنى قبول الدعوى غير المباشرة ، التى يلزم توافر عدة شروط لاستعمالها [١١٣] ، لا سيما

---

[١١٣] وقد حددت المادة ٢٣٥ من القانون المدنى المصرى حين قضت بأن " لكل دائن ، ولو لم يكن حقه مستحق الأداء ، أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين ، إلا ما

وجود مصلحة للدائن فى استعمال الدعوى غير المباشـــرة*، وتتـــوافر هـــذه المصلحة متى كان إهمال المدين فى المطالبة بحقوقه من شأنه أن يؤدى إلى إعساره أو إلى زيادة هذا الإعسار .

ولذا يقرر هذا الاتجاه أنه ليس هناك بالضرورة ارتباط بين تـــوافر شروط المادة ٩٠٠ / ١ مدنى فرنسى وبين قبول الدعوى غير المباشرة من جانب دائن المتصرف إليه .

وهنا يثور التساؤل ما المقصود " بالمصلحة الأكثر أهمية " التى تبرر طلب رفع المنع من التصرف ، والمشار إليها فى نص المادة ٩٠٠ / ١ مدنى فرنسى ، وهل يمكن أن تكون هذه المصلحة هى مصلحة دائن المتصرف إليه فى استيفاء حقوقه من هذا الأخير ؟ أو مصلحة المتصرف إليه فـــى الوفـــاء بديونه ؟ .

يرفض أنصار هذا الاتجاه أن تكون مصلحة الدائن فى استيفاء حقوقه ، أو حتى مصلحة المدين (المتصرف إليه) فى الوفاء بديونه هى المصلحة الأكثر أهمية المشار إليها فى المادة ٩٠٠ / ١ آنفة الذكر ، والتى تبرر طلب رفع المنع من التصرف .

=كان منها متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز ، ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق ، وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب إعساره أو أن يزيد فى هذا الإعسار ، ولا يشترط إعذار المدين لاستعمال حقه ، ولكن يجب إدخاله خصما فى الدعوى " .

٥٢ – أحكام القضاء المؤيدة للمفهوم الضيق :

تبنت بعض أحكام القضاء الفرنسى هذا التفسير الضيق لنص المادة ٩٠٠ / ١ مدنى ، وأنكرت على الدائن رفع الدعوى غير المباشرة باسم مدينه المتصرف إليه لطلب رفع المنع من التصرف .

من هذه الأحكام حكم محكمة Coutances الابتدائية فى ٣١ يناير ١٩٧٤ (١١٤) ، الذى ذهب إلى أن مصلحة الدائن لا تدخل فى مفهوم المصلحة الأكثر أهمية التى عناها نص المادة ٩٠٠ / ١ السالف ، وأنه يجب تفسير هذا النص تفسيرا ضيقا لا يشمل مصلحة الدائن فى اسيفاء حقوقه ، لأن القول بغير ذلك يجرد الشرط المانع من التصرف من كل فائدة له .

وقد استند هذا الحكم فى تفسيره لنص المادة ٩٠٠ / ١ إلى الأعمال التحضيرية لهذا النص ، والتى لم تشر بحال إلى مثل هذه المصلحة ، كما أخذ برأى الفقه (١١٥) الذى فسر النص ، وقت صدور القانون ، بأن المقصود من عبارة " المصلحة الأكثر أهمية " إما أن تكون مصلحة المتبرع له أو المصلحة العامة .

وهنا يثور تساؤل آخر وهو هل يمكن أن تتمثل مصلحة المتبرع إليه فى أن يقوم بسداد ديونه ؟

لا شك فى أن المدين – أيا كان – له مصلحة فى أن يتخلص من ديونه ، ولكن لما كان من شأن أخذ هذه المصلحة فى الاعتبار إهدار أثر

---

(114) TGI Coutances, 31 janv. 1974 : *RTDciv* 1974, p.443, note Savatier ; *JCP* 1975, éd.G, n°17986 bis, note J-A ; *Gaz. Pal.* 1974, I, p.860, obs. L. Barbier.

(115) P. Simler, Les clauses d'inaliénabilité : D. 1971, législ., p.416 .

الشرط المانع من التصرف فى منع الحجز على المال الممنوع التصرف فيه ، ومن ثم فمثل هذه المصلحة ليست كافية ، فى حد ذاتها ، لرفع المنع .

ولهذا فإن هذا الاتجاه (١١٦) لا يتردد فى استبعاد أن يكون هذا المعنى هو المقصود بمصلحة المتبرع إليه ، إذ يكفى هذا الأخير ، لإهدار الشرط ، أن يستدين ، ثم يدعى أن له مصلحة أكثر أهمية تبرر رفع المنع من التصرف ، فيتوصل بذلك إلى إهداره وما يترتب عليه من عدم القابلية للحجز ، فضلا عن إهدار مصلحة المتبرع التى يجب أن توضع فى الاعتبار عند تقدير المصلحة الأكثر أهمية .

ومن الأحكام التى سارت فى هذا الاتجاه أيضا ، حكم محكمة Bressuires الابتدائية فى أول يونيو ١٩٧٦ (١١٧) ، الذى أكد على أن المادة ٩٠٠ / ١ مدنى فرنسى لم تجز طلب الإذن بالتصرف فى المال الممنوع التصرف فيه إلا للمتصرف إليه ، وبناء عليه قضى برفض الدعوى غير المباشرة .

ولكن يلاحظ على هذا الحكم أنه أشار إلى حجة أخرى ، لا تخلو من وجاهة ، وهى مستمدة من ضرورة أخذ مصلحة المتبرع فى الاعتبار ، وهى مصلحة قائمة دائما ، ومؤكدة فى مواجهة أية مصلحة أخرى ، وبصفة خاصة مصلحة دائنى المتصرف إليه فى استيفاء حقوقهم . والمستفاد من ذلك

---

(116) J-F Vouin, note ss TGI Cherbourg, 13 févr. 1974, préc. ; M. Dagot, note ss TGI Cherbourg, 13 févr. 1974 : *JCP* 1974, éd.G, II, n°17861 ; F. Lucet, note ss Cass. civ.1ère, 10 juill. 1990 ; J. Patarin, obs. sur Cass. civ.1ère, 10 juill. 1991 : *RTDciv* 1991, p.580

(117) TGI Bressuires, 1er juin 1976 : *RTDciv* 1977, p.804, obs. R. Savatier ; *JCP* 1976, éd.G, IV, n°6638, p.307, note J-A ; *JCP* 1977, éd. N, II, p.140, note H. Thuillier ; *Gaz. Pal.* 1977, 1, p.297, note L-C.

أن الحكم يستبعد مصلحة دائنى المتصرف إليه حماية لمصلحة المتصــرف ذاته .

وفى حكم حديث نسبيا قضت محكمة استئناف Pau فى ٢٤ مــارس ١٩٩٤ (١١٨) برفض الدعوى غير المباشرة المقامة من دائنى المتصرف إليه ، باعتبارها غير ذات أساس .

٥٣ – حجج أنصار المفهوم الضيق :

أيد جانب كبير من الفقه الفرنسى (١١٩) أحكام القضاء السابقة فى ضرورة الأخذ بالتفسير الضيق للمادة ٩٠٠ / ١ مدنى ، ورفض دعوى الدائن غير المباشرة استعمالا لحق مدينه فى طلب رفع المنع من التصرف .

ويضيف الفقه إلى حجج القضاء أن التفسير الضيق للمادة ٩٠٠ / ١ يجد تبريره فى العلة من الحكم الوارد بهذه المادة ، وهى الحد من قسوة الشرط المانع من التصرف – باعتباره استثناء على مبدأ حرية تداول الأموال – لما قد يؤدى إليه التطبيق الصارم لهذا الشرط ، دون ثمة استثناءات ، من مشقة على المتصرف إليه الذى قد يجد نفسه – أحيانا – وتحت سطوة الشرط

---

(118) CA Pau, 24 mars 1994 : *Juris-Data n°045199.*
راجع فى الإشارة إلى هذا الحكم :

Sériaux, J.-cl. Civil, *v° Donations et testaments*, article 900-1, n°27

(119) J-F Vouin, R. Savatier et L. Barbier, notes ss TGI Coutances, 31 janv. 1974, préc. ; G. Champenois, R. Savatier, H. Thuillier, J-A et L-C, notes ss TGI Bressuires, 1er juin 1976, préc. ; H. Corvest, préc.
وانظر أيضا :

F. Lucet, note ss Cass. civ. 1ère, 10 juill. 1990 : préc; J. Casey, note ss Cass. civ.1ère, 3 juin 1998, préc. ; X. Savatier, note ss Cass. civ.1ère, 3 juin 1998, préc.

، عاجزا عن التصرف فى المال ، كأن تطرأ عليه حاجة ملحة تفرض عليه هذا التصرف ، ومن ثم فيجب التقيد بحدود العلة التى يبتغيها النص ، وهى رفع المشقة عن المتصرف إليه ، دون حاجة إلى التوسع فى تفسيره بما لا يحقق هذه العلة .

ويضرب الفقه أمثلة للمصلحة الأكثر أهمية التى تبرر طلب رفع المنع من التصرف ، وهى حالات تبدو فيها هذه المصلحة وثيقة الصلة بالمال ذاته ، من ذلك مثلا حالة زيادة قيمة المال زيادة كبيرة ، الأمر الذى قد يفوت كسبا طائلا على المتصرف إليه ، لو لم يؤذن بالتصرف فى المال [١٢٠] . أو حالة تعرض المال للهلاك بسبب ظروف طبيعية استثنائية ، مما قد يستلزم ضرورة التصرف فى المال حفاظا على قيمته ، وهذه الحالة الأخيرة محض تطبيق لنظرية الظروف الطارئة la théorie de l'imprévision [١٢١] .

ويستدل الفقه كذلك على قصر طلب الإذن بالتصرف فى المال على المتصرف إليه ، بعبارة المادة ٩٠٠ / ١ " إذا طرأت مصلحة أخرى ...... تقتضى ذلك " ، فهذه العبارة تفيد أن ما قد يطرأ من مصلحة أخرى إنما يكون فيما يجد على وضع أو موقف المتصرف إليه ، بحيث لا يجوز له أن يحتج – من حيث المبدأ – بمصلحة سابقة على الشرط المانع من التصرف أو معاصرة له ، وهو ما يعنى ، بالضرورة ، استبعاد مصلحة الدائنين السابقين على التبرع وعدم أخذها فى الاعتبار ، لأن هذه الديون السابقة لا تعد وقائع جديدة طارئة .

---

(120) J-F Vouin, note ss TGI Cherbourg, 13 févr. 1974, préc.
(121) J-A, note ss TGI Coutances, 31 janv. 1974, préc.

وأخيرا ، فإن المتصرف ، إذ يتبرع بماله إلى المتصرف إليه ، لا يسعى بهذا ، إلى وضع المال المتصرف فيه ، بين يدى دائنى المتصرف إليه (١٢٢) .

تلك هى حجج أنصار رفض التسليم لدائنى المتصرف إليه فى الإفادة من حكم المادة ٩٠٠ / ١ مدنى فرنسى فى طلب الإذن من القضاء برفع المنع من التصرف - على أساس الدعوى غير المباشرة - حيث يرون أن هذا الحق يقتصر على المتصرف إليه وحده دون سواه .

المطلب الثانى
المفهوم الواسع للمصلحة الأكثر أهمية

٥٤ - مصلحة الدائن تدخل فى مفهوم المصلحة الأكثر أهمية :

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى ضرورة تفسير المادة ٩٠٠ / ١ مدنى فرنسى تفسيرا واسعا ، بحيث لا يقتصر طلب الإذن بالتصرف فى المال الممنوع التصرف فيه على المتصرف إليه ، بل يمكن أن يفيد منه دائنوه كذلك .

ومن أهم أحكام القضاء التى تبنت هذا الرأى حكم محكمة Cherbourg الابتدائية فى ١٣ فبراير ١٩٧٤ (١٢٣) ، حيث قضى برفع المنع من التصرف بناء على الدعوى غير المباشرة المقامة من دائن

(122) R. Savatier, note ss TGI Coutances, 31 janv. 1974, préc.
(123) TGI Cherbourg, 13 févr. 1974 : D. 1975, p.30, note crit. J-F Vouin ; *JCP* 1974, éd.G, II,n°17861, note crit. M. Dagot ; *Gaz. Pal.* 1974, I, p.383, obs. L. Barbier

المتصرف إليه على أساس أن " المتصرف إليه له مصلحةٌ فى أن يفى بديونه بأسرع ما يمكن ، كما أن للدائن مصلحة أيضا ، فى أن يستوفى حقه فى أنسب أجل " (١٢٤) .

وقد تعرض هذا الحكم لانتقادات عنيفة من جانب الفقه (١٢٥) ، ليس فحسب لتجاهله شروط طلب رفع المنع من التصرف ، كما بينتها المادة ٩٠٠ / ١ ، والتى لم يكن من بينها لا مصلحة المتصرف إليه فى أن يفى بديونه ، ولا مصلحة دائنه فى أن يستوفى حقوقه ، بل كذلك لإغفال الحكم ضرورة الموازنة والترجيح بين مصلحة المتصرف من ناحية ، ومصلحة المتصرف إليه من ناحية أخرى ، الأمر الذى يصح معه القول إن المحكمة قد فتحت الباب على مصراعيه أمام الدائنين ، دون أن تقوم بما عليها من ضرورة تقدير أهمية المصالح المتعارضة للترجيح بينها ، إذ أول ما يتعين على المحكمة التحقق منه هو التأكد من وجود المصلحة التى تبرر الشرط المانع من التصرف واستمرار قيامها ، فإذا ما تبين ذلك للمحكمة ، فلا يجوز أن تعدل عن هذه المصلحة لغيرها ، إلا إذا ثبت أن هذه المصلحة الأخيرة جديدة وأكثر أهمية . فمصلحة الدائن ، على فرض أنها يجب أن تؤخذ فى الاعتبار ، لا يجب أن تعد ، تلقائيا وفى جميع الأحوال ، أكثر أهمية من غيرها ، بل يجب التأكد من أنها مصلحة جديدة ، وهو ما يعنى استبعاد حقوق الدائنين السابقين على التبرع . كما يجب التأكد من أنها مصلحة أكثر أهمية من غيرها .

---

(124) *" il est évident que Désiré Mancel a intérêt à se libérer de ses dettes la plus vite possible et que, de même, il est de l'intérêt de la créancière d'être payée dans les meilleurs délais ".*

(125) J-F Vouin, M. Dagot, L. Barbier, notes ss TGI Cherbourg, 13 févr. 1974, préc.

هذا إلى جانب أن الحكم لم يقدم أساسا كافيا لما انتهى إليه ، بل إنه أثار العديد من التساؤلات ، فلماذا ينبغى أن توضع مصلحة الدائن فى الاعتبار ؟ ثم ما هى المصلحة الحقيقية للمدين فى أن يفى بديونه بأسرع ما يمكن ؟ وأخيرا لماذا تفوق هذه المصالح فى أهميتها مصلحة المتصرف إليه ؟ .

علاوة على ما تقدم ، فقد أخذ على الحكم أيضا أنه ينطوى على إهدار لمبدأ جوهرى وأساسى هو عدم قابلية المال الممنوع التصرف فيه للحجز عليه .

ورغم هذه الانتقادات التى وجهت إلى هذا الحكم ، إلا أن هناك أحكام أخرى ، تالية عليه [١٢٦] ، انتهجت مسلكه ، ومالت إلى قبول الدعوى غير المباشرة من دائن المتصرف إليه .

---

[126] CA Aix-en-Provence, 5 janv. 1995 : *Bull. Aix* 1995/1, somm. p.9, obs. Barrier.

وانظر كذلك :

CA Aix-en-Provence, 4 nov. 1993 : *Bull. Aix* 1993/2, somm. P.24, obs. p. Storrer,

وقد أجاز هذا الحكم بيع ملكية الرقبة بالمزاد لعقار مملوك على الشيوع la licitation ، حيث كان المتصرف محتفظا بحق انتفاع على العقار .

والحكمان مشار إليهما لدى A. Sériaux سالف الذكر .

٥٥ - حجج أنصار المفهوم الواسع للمصلحة الأكثر أهمية :

أما عن موقف الفقه المؤيد لحق دائنى المتصرف فى طلب رفع المنع من التصرف عن طريق الدعوى غير المباشرة (١٢٧) ، فهو يستند فى ذلك إلى المادة٩٠٠ / ١ ذاتها ، ويؤيد رأيه بالعديد من الحجج :

فمن جهة أولى ، ليس مقبولا القول برجحان المصلحة غير المالية l'intérêt extrapatrimonial فى جميع الأحوال على المصلحة المالية ، واعتبار هذه الأخيرة أقل أهمية ، لا سيما إذا كان الشرط المانع من التصرف يرمى إلى حماية مصلحة قليلة الأهمية ، ولو كانت مصلحة معنوية . وحتى مع التسليم بأنه من النادر أن تثبت مصلحة مالية للدائن أكثر أهمية تبرر رفع المنع من التصرف ، فإن هذا لا ينفى تحقق هذه المصلحة فى بعض الأحوال ، كأن يكون دائنا بدين نفقة ، أو أن يكون مهددا بشهر الإفلاس .

وتقدير أهمية المصالح المتعارضة من مسائل الواقع التى ترجع إلى مطلق سلطة محكمة الموضوع دون معقب عليها فى ذلك من محكمة النقض (١٢٨) ، متى أقامت قضائها على أسباب سائغة (١٢٩) .

---

(127) M. Grimaldi, note ss Cass. civ.2ème, 30 juin 1993 et Cass. civ.1ère, 15 juin 1994 , précs.

حيث يعتقد أن محكمة النقض أقرت مصلحة الدائنين فى استيفاء حقوقهم .

(128) Cass. civ.1ère, 25 juin 1980 : *Bull. civ.*I, n°198.

(129) Cass. civ.1ère, 10 juill. 1990 : *Bull. civ.*I, n°192 ; *JCP* 1991, éd.N, II, p.197, note P. Salvage ; *RTDciv* 1991, p.141, obs. F. Zenati et p.580, obs. J. Patarin ; D. 1990, IR, p.199.

ومن جهة ثانية ، يتساءل هذا الرأى ، متشككا ، عما إذا كانت المادة ٩٠٠ / ١ ، آنفة الذكر ، لم تشر حقا إلى مصلحة الدائن ، ويضيف أننا لـو دققنا التأمل فى هذا النص ، لوجدنا أن العبارة التى تسترعى الانتباه مجـددا هى عبارة " المصلحة الأكثر أهمية " ، وهى عبـارة واسـعة فضفاضـة ، لا تستدعى حتما تبنى تفسير ضيق لها ، كما لا تستلزم بالضرورة ، أن يكون المقصود منها هو مصلحة المتصرف إليه . كما أن العبارة جاءت نكرة ، إذ أجازت المادة سالفة الذكر طلب رفع المنع من التصرف " إذا ..... ، أو إذا طرأت مصلحة أخرى أكثر أهمية تقتضى ذلك " ، وهى صياغة تفيد العموم ، مما لا يكون معه محل للتخصيص بغير مخصص ، ومن ثـم فـلا ينبغـى استبعاد مصلحة الدائن ، متى ثبت أن هذه المصلحة ، فعلا ، أكثر أهمية .

ومن جهة ثالثة يذهب هذا الرأى إلى أن الاعتراف لدائنى المتصرف إليه بالحق فى طلب رفع المنع من التصرف ، متى كانت لهم مصلحة أكثـر أهمية تبرر ذلك ، هو ما يتفق مع اعتبار الشرط المانع من التصرف استثناء على مبدأ حرية التصرف فى الأموال ، وهو ما يمكن استلهامه من مسـتهل نص المادة ٩٠٠ / ١ الذى لم يعترف بصحة الشرط المانع من التصرف إلا كاستثناء ، وبشروط معينة ، إذ قضى بأن " الشروط المانعة من التصـرف الواردة على المال الموهب أو الموصى به ، لا تكون صحيحة إلا إذا كانـت مؤقتة ومستندة إلى مصلحة جدية ومشروعة " ، وتأكيدا من المشرع على هذا الطابع الاستثنائى لصحة تلك الشروط فإنه أجاز طلب رفعها فى أحوال معينة ، وهو ما استطرد به قائلا " وحتى فى هذه الحالة يجوز أن يـؤذن قضـائيا ...... بالتصرف فى المال .... " ، أى أنه حتى فى تلك الحالة التى تتوافر فيها شروط صحة المنع من التصرف ، يظل الشرط المانع مـن التصـرف

مهددا بالزوال إذا ما زالت المصلحة التى قام عليها أو طرأت مصلحة أخرى أكثر أهمية .

وصياغة النص على هذا النحو تكشف عن ميل المشرع إلى الإبقاء على الأموال فى دائرة التعامل ، والحد من حبسها بقدر الإمكان ، ولذا يمكن القول إن المادة ٩٠٠ / ١ سالفة الذكر لم تكن لا مع ولا ضد دائنى المتصرف إليه ، فصياغتها المرنة لا تضطر من يتعرض لتفسيرها إلى التقيد بمعنى ضيق لها ، بل يمكنه أن يأخذ بروح النص واضعا مصلحة دائنى المتصرف إليه فى اعتباره .

ومن جهة رابعة ، يستند هذا الرأى إلى حجة عملية تبرهن على أهمية التسليم لدائنى المتصرف إليه بالإفادة من حكم المادة ٩٠٠ / ١ ، دون أن يضطر إلى انتظار انقضاء مدة المنع ، وذلك فى الفرض الذى تزول فيه المصلحة الجدية المشروعة التى تبرر الشرط المانع من التصرف ، ويمتنع المتصرف إليه عن طلب رفع المنع من التصرف ، تراخيا أو إهمالا أو رغبة فى بقاء المال بعيدا عن أيدى دائنيه . فالقول ، فى هذا الفرض ، بعدم جواز طلب الدائن رفع المنع من التصرف بزعم أن المادة ٩٠٠ / ١ لا يفيد منها سوى المتصرف إليه ، لا يعنى ، فى الحقيقة ، سوى ترك الدائن عاجزا عن استيفاء حقوقه ، وفى ذات الوقت ، إسباغ حماية ، غير مبررة ، على المتصرف إليه ، لا لشئ إلا لوجود شرط مانع من التصرف فقد قوام وجوده ، وامتنع المستفيد منه عن طلب رفعه . ولا شك فى أنه ليس من العدالة ترك الدائن بدون حماية فى هذا الفرض ، ويجب الاعتراف له بالحق فى طلب رفع المنع من التصرف عن طريق الدعوى غير المباشرة .

ويجيب أنصار هذا الرأى عن التساؤل الذى طرحه أنصار التفسير الضيق للمادة ٩٠٠ / ١ ، عن المصلحة الحقيقية للمدين فى أن يفى بديونه

بأسرع ما يمكن ، بأن ذلك متصور فى الحالة التى يتوقف فيها المدين عن الوفاء بديونه ، ولم تكن لديه أموال أخرى يمكن الحجز عليها ، غير المال الممنوع عدم التصرف فيه .

وأخيرا ، فليس صحيحا أن إفادة الدائن من تطبيق المادة ٩٠٠ / ١ تنطوى على إهدار لمبدأ عدم القابلية للحجز ، بل على العكس يعد توفيقا بين المصالح المتعارضة ، وهى المصلحة التى يرمى الشرط إلى حمايتها من ناحية ، وبين مصلحة الدائن من ناحية أخرى . كما أنه لا محل للتخوف من وجود تواطؤ بين المتصرف إليه (المدين) وبين الدائن ، إذ أن هذا الأخير لا يستطيع الإفادة من حكم المادة ٩٠٠ / ١ إلا إذا أثبت أن له مصلحة أكثر أهمية .

ويخلص هذا الرأى إلى ضرورة فتح الباب أمام دائنى المتصرف إليه للإفادة من نص المادة ٩٠٠ / ١ ، عن طريق اللجوء إلى الدعوى غير المباشرة .

المبحث الثانى
رفع المنع من التصرف
على أساس الدعوى غير المباشرة

٥٦ – تمهيد وتقسيم :

كما سبق القول ، فإننا إذا سلمنا بضرورة فتح الباب أمام الدائن للإفادة من حكم المادة ٩٠٠ / ١ فيما يتعلق بطلب رفع المنع من التصرف ، فيجب أن نسلم أيضا بأن هذا لا يكون إلا على أساس الدعوى غير المباشرة l'action oblique ، وذلك لأن نطاق تطبيق المادة ٩٠٠ / ١ لا يشمل – صراحة – دائنى المتصرف إليه .

والأصل أنه يجوز للدائن أن يستعمل كافة حقوق مدينه إلا ما كان منها متصلا بشخصه ، وهو ما نصت عليه المادة ٢٣٥ مدنى مصرى من أن " لكل دائن ، ولو لم يكن حقه مستحق الأداء ، أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين ، إلا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة ...... " . وكذلك المادة ١١٦٦ مدنى فرنسى من أنه " يجوز للدائنين أن يباشروا كافة حقوق مدينهم ، باستثناء تلك التى تكون لصيقة بشخصه " (١٣٠) .

وهنا يثور التساؤل عن مدى تعلق طلب رفع المنع من التصرف – والذى تخوله المادة ٩٠٠ / ١ للمتصرف له – بشخصه ، وما يترتب على ذلك من جواز أو عدم جواز استعمال دائنه لهذا الحق باسمه ، عن طريق الدعوى غير المباشرة .

---

(130) Art. 1166 : " *les créanciers peuvent exercer tous les droits de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne.* "

ويدفعنا ذلك إلى أن نقسم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين :

المطلب الأول : مدى اتصال طلب رفع المنع من التصرف بشخص المتصرف إليه .

المطلب الثانى : موقف القضاء إزاء طلب الدائن رفع المنع من التصرف على أساس الدعوى غير المباشرة .

المطلب الأول
مدى اتصال طلب رفع المنع من التصرف بشخص المتصرف إليه

٥٧ - المقصود بالحقوق المتصلة بشخص المدين :

لم يحدد المشرع المصرى المقصود بالحقوق المتصلة بشخص المدين ، كما أنه ليس هناك تحديد فقهى أو قضائى متفق عليه فى هذا الشأن (١٣١) ، وإن كانت تتميز بالطابع المعنوى أو العائلى ، كحق الواهب فى الرجوع فى الهبة لعذر مقبول (م ٥٠٠ مدنى) .

---

(١٣١) جلال محمد إبراهيم ، أحكام الالتزام ، ٢٠٠٢ ص ١١٨ ، حيث يشير سيادته إلى أن تعيين الحد الفاصل بين هذه الحقوق وبين الحقوق المالية البحتة يتوقف بحسب ما إذا كان الرأى يميل إلى جانب المصالح المالية للدائن أم إلى جانب الاعتبارات الأدبية للمدين ، وإن كان العمل يغلب الأولى على الثانية .

ويمكن حصر الحقوق المتصلة بشخص المدين فى : أ - الحقوق غير المالية ، وذلك لأنها لاتدخل فى الضمان العام للدائنين ، ومن ثم تخرج من نطاق الدعوى غير المباشرة ، وينطبق هذا الوصف على حقوق الشخصية ، وكل من الحقوق السياسية وحقوق الأسرة .

ب - الحقوق المالية التى يقوم استعمالها على اعتبارات أدبية تمس شخص المدين ، كحق المدين فى الرجوع فى هبة عقدها لغيره ، أو الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى .

ولذا فقد اختلف الرأى حول تحديدها ، فعرفها البعض (١٣٢) بأنها " حقوق تتصل بمصالح ذات طابع معنوى أو ذاتى ، مما يستقل المستفيد منها بتقديرها ، رغم ما لها من قيمة مالية " . وذهب البعض الآخر (١٣٣) إلى أنها تلك الحقوق التى تقوم فى أساسها على اعتبارات أدبية يستقل الشخص بتقديرها . بينما يذهب رأى ثالث (١٣٤) إلى أن " الحقوق المتصلة بشخص المدين ، رغم ما لها من صفة مالية (١٣٥) إلا أن لها طابع شخصى

=ج – الحقوق التى يؤدى استعمال الدائن لها إلى المساس بحرية المدين فى تصريف شئونه أو التى يتوقف نشوؤها على إعلان إرادته ، كأن يقوم الدائن بتأجير أموال المدين ، نيابة عنه ، بحجة أن هذا الأخير لا يحسن إدارة أمواله أو كقبول الهبة عن المدين أو التمسك بالشفعة باسمه . لمزيد من التفصيل راجع : محمود عبد الرحمن محمد ، النظرية العامة للالتزامات ، ج ٢ ؛ أحكام الالتزام ، ط ١ ، ١٩٩٩ ، بند ١٢٤ ص ٢٠٩ وما بعدها .

(132) X. Savatier, note ss Cass. civ.1ère, 3 juin 1998, préc.

حيث يقرر ذلك بقوله :

" *des droits qui, bien qu'ayant une valeur en argent. touchent à des intérêts d'ordre moral ou intime dont le titulaire doit être le seul appréciateur.* "

(١٣٣) عبد المنعم البدراوى ، النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الثانى ، أحكام الالتزام ، ١٩٨٠ ، بند ١٠٣ص ١٢٢ ؛ محمد شكرى سرور ، موجز الأحكام العامة للالتزام فى القانون المدنى المصرى ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٦ ، بند ١٠٠ ص ٩٣ .

(١٣٤) جلال محمد إبراهيم ، المرجع السابق ، ص ١١٧ .

(١٣٥) عكس ذلك : (توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام فى أحكام الالتزام ، الجزء الثانى ، ١٩٨٥ ، ص ٥٨) حيث يذهب سيادته إلى أن الحقوق المتصلة بشخص المدين لا تعتبر حقوقا مالية ، سواء تعلقت هذه الحقوق بكيان الشخص المادى و الأدبى أو بنشاط الشخصية .

أو عائلى أو أدبى واضح يجعل استعمالها خاضع للعديد من الاعتبارات الأدبية التى لا يستطيع أن يقدرها سوى المدين نفسه " .

٥٨ - الخلاف حول مدى اعتبار دعوى رفع المنع من التصرف من حقوق الشخصية - تقسيم :

انقسم الرأى حول هذه المسألة إلى اتجاهين ، الأول يرى أن دعوى المنع من التصرف دعوى غير متصلة بشخص المتصرف إليه ، والثانى يذهب إلى عكس ذلك . وفيما يلى نتناول كل من هذين الاتجاهين فى فرع مستقل .

الفرع الأول
دعوى رفع المنع من التصرف
دعوى غير متصلة بشخص المتصرف إليه

٥٩ - أسانيد هذا الاتجاه : تعداد :

يذهب هذا الاتجاه إلى أن حق المتصرف إليه فى طلب رفع المنع من التصرف ليس من الحقوق المتصلة بشخصه ، ومن ثم يجوز لدائنه أن يستعمل هذا الحق ، باسمه ، عن طريق الدعوى غير المباشرة .

ويعتمد هذا الرأى فيما ذهب إليه من التسليم لدائنى المتصرف إليه باستعمال حق هذا الأخير فى دعوى رفع المنع من التصرف إلى عدة حجج ، تتمثل فى تبنى تفسير ضيق لمصطلح الحقوق اللصيقة بشخص المدين ، وقياس دعوى رفع المنع من التصرف على بعض دعاوى وحقوق الميراث ، وأخيرا عدم وجود حظر صريح فى المادة ٩٠٠ / ١ على قيام الدائن برفع هذه الدعوى بطريق الدعوى غير المباشرة . ونتناول هذه الحجج فيما يلى :

٦٠ – (١) التفسير الضيق لمصطلح " الحقوق" المتصلة بشخص المدين :

يقصر هذا الرأى معنى الحقوق المتصلة بشخص المدين على الحقوق غير المالية ، فهذه الأخيرة وحدها هى التى تخرج من ضمان الدائنين ، دون الحقوق المالية التى يجوز لأولئك الدائنين استعمالها باسم مدينهم ، حتى ولو قامت على اعتبارات معنوية أو عائلية .

وبناء على ذلك ، فهذا الرأى يرفض التوسع فى تفسير المادة ١١٦٦ مدنى فرنسى ، الذى يؤدى إلى إدخال الحقوق المالية ذات الطابع العائلى أو المعنوى بين الحقوق المتصلة بشخص المدين ، وذلك لما يتسم به هذا التوسع – فى نظرهم – من تحكم فضلا عن افتقاره إلى ما يبرره ، إذ ما هو أساس اعتبار دعوى رفع المنع من التصرف فى المال حقا لصيقا بشخص المتصرف إليه ؟ .

فالعبارة الواردة بالمادة ١١٦٦ من أن هذه الحقوق " متعلقة قصرا بشخص المدين exclusivement attaché à la personne " يمكن تفسيرها بأن المقصود منها هو أن يكون الحق متصلا بشخص المدين ، وهذا المعنى ينحصر فى الحقوق غير المالية ، وهذه الأخيرة وحدها – دون الحقوق المالية ذات الطابع الشخصى أو العائلى – هى التى يستقل المدين بتقديرها ، ومن ثم تخرج تماما عن ضمان دائنيه (١٣٦) .

---

(136) L-M. Martin, note ss CA Lyon, 19 mai 1981, préc. ; A. Sériaux, op. cit., n°27.

وفى هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأن " النص فى الفقرة الأولى من المادة ٢٣٥ من القانون المدنى على أن " لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين ، إلا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز .... " يدل على أن نطاق الدعوى غير المباشرة لا يشمل الحقوق التى

ومن الأحكام التى تبنت هـذا الاتجـاه حكـم محكمـة Cherbourg الابتدائية فى ١٣ فبراير ١٩٧٤ الذى أكد على أنه لا محل للنزاع فى قبول الدعوى غير المباشرة من الدائن [١٣٧]. ومن ذلـك أيضـا حكـم محكمـة استئناف Lyon فى ١٩ مايو ١٩٨١ [١٣٨] ، حيث قضى بأن " دعوى رفـع الشرط المانع من التصرف ، قضائيا ، ليست حقا متصلا بشـخص المـدين بالمعنى الذى أوردته المادة ١١٦٦ " [١٣٩] .

يؤدى استعمال الدائن لها إلى المساس بما يجب أن يبقى للمدين من حرية فى تصريف شئونه ... " . نقض مدنى ٤ مايو ١٩٧٧ ، مجموعة أحكام النقض ، س ٢٨ ص ١١٣٥ . ويرى البعض (اسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام ، ج ٢ ، ١٩٦٧ ، ص ١٥٢ هامش ١) أنه لا ينبغى الربط بين إمكانية رفع الدعوى غير المباشرة من عدمه ، بإجراء موازنة بين الاعتبارات الأدبية والاعتبارات المالية التى يقوم عليها الحق ، فيجوز رفع الدعوى إذا كانت الغلبة للأخيرة ، لما تنطوى عليه هذه الموازنة من تحكم ، بل يتعين الاكتفاء بمجرد قيام الاعتبار الأدبى حتى يمتنع على الدائن اللجوء إلى الدعوى غير المباشرة " .

(137) TGI Cherbourg, 13 févr. 1974, préc.

(138) Lyon, 19 mai 1981 : *Banque* 1983, p.783, note L-M Martin ; *JCP* 1983, éd.N, p.208.

(139) *" l'action en levée judiciaire de la clause d'inaliénabilité n'est pas au sens de l'article 1166 un droit exclusivement attaché à la personne "*.

وفى ذات الاتجاه حكم محكمة استئناف Aix-en-Provence فى ٥ يناير ١٩٩٥ :

CA Aix-en-Provence, 5 janv. 1995, préc.

(140) P. Salvage et F. Lucet, notes ss Cass. civ.1ère, 10 juill. 1990, préc.

(١٤١) ويقوم استعمال حق الخيار الميراثى ، فى القانون الفرنسى ، على فكرة مؤداها أنه " لا أحد يرث لا يريد " Nul n'est héritier qui ne veut ، أو الحق فى عدم الميراث liberté de ne pas succéder . ولا يقتصر هذا الحق على الوارث ، بل يمتد أيضا إلى دائنيه ، كما أنه يثبت كذلك للموصى له . وهو تصرف إرادى ملزم لجانب واحد ، ويتميز بعدة خصائص : أولا - لا يثبت الحق فى الخيار الوراثى إلا بعد فتح

٦١ - (٢) قياس دعوى رفع المنع من التصرف على بعض دعاوى وحقوق الوارث فى مواجهة الموهوب له :

التركة ، ولذا يقع باطلا كل نزول مسبق عن التركة قبل فتحها (م ٧٩١ / ١ مدنى فرنسى) . ثانيا - يجب أن يكون النزول عن التركة بسيطا غير موصوف ، فلا يجوز إضافته إلى أجل أو تعليقه على شرط . ثالثا - النزول عن التركة غير قابل للرجوع فيه irrévocable ، فلا يجوز لمن قبل تلقى التركة أن يعود ويرفضها . رابعا - النزول عن التركة لا يقبل التجزئة indivisible ، فإما أن يقبل الوارث التركة كلها أو يرفضها كلها ، فلا يجوز له قبول جزء منها ورفض جزء آخر .

راجع تفصيلا فى استعمال حق الخيار الميراثى :

M. GRIMALDI, droit civil, successions, 4ᵉʳ éd. , 1996, n° 437, p. 415 et s. ; Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, Cours de droit civil, les successions, les libéralités, 1998, n° 185, p.114.

ولا وجود لمثل هذا الخيار فى الشريعة الإسلامية أو القانون المصرى ، حيث تنتقل أموال التركة إلى الوارث بقوة القانون ، دون حاجة إلى أى إجراء آخر ، ولا يستطيع الوارث بإرادته أن يتخذ موقفا يحول دون هذا الانتقال ، ولهذا فإن الميراث يدخل فى ملك الوارث جبرا عنه . انظر فى ذلك : عبد المنعم الصدة ، حق الملكية ، هامش رقم (٢) ص ٧٢٠ وما بعدها . ويرجع ذلك إلى الاختلاف بين القانون الفرنسى من جهة ، وبين الشريعة الإسلامية والقانون المصرى من جهة أخرى فى النظر إلى شخصية الوارث ، فالقانون الفرنسى يعتبر شخصية الوارث امتدادا لشخصية المورث ، فتنتقل إليه حقوقه وكذا التزاماته ، لأن شخصيته تحل محل المورث ، ويترتب على ذلك أنه يلتزم بديون التركة ، ولو فى أمواله الخاصة ، حيث إن جميع دائنى المتوفى يصبحون دائنين له . أما الشريعة الإسلامية والقانون المصرى فلا يأخذان بهذا التصوير ، حيث تستقل شخصية الوارث تماما عن شخصية المورث ، ويترتب على ذلك أن ضمان دائنى هذا الأخير ينحصر فى تركته ، ولا يمتد إلى أموال الوارث الخاصة . راجع الصدة ، السابق ، بند ٤٨٥ ص ٧٢٠ وما بعدها .

يستند هذا الرأى [١٤٠] كذلك فى قبول دعـوى رفـع المنـع مـن التصرف عن طريق الدعوى غير المباشرة من دائنى المتصرف إليه ، إلى القياس على بعض دعاوى أو حقوق الميراث droit successoral التى تكـون للوارث فى مواجهة الموهوب له ، والتى لم ينازع القضاء فـى قبولهـا إذا رفعت بطريق الدعوى غير المباشرة من قبل دائن الوارث للمطالبة بها باسم هذا الأخير ، وهذه الدعاوى هى :

١ - مباشرة الخيـار الـوراثى exercice de l'option successorale [١٤١] : وهو حق الوارث فى أن يقبل التركة التى آلت إليه أم لا ، ويترتـب على استعمال هذا الحق دخول هذه التركة فى ضمانه العام أم لا [١٤٢] .

فوفقا للمادة ٧٨٨ مدنى فرنسى يجوز لدائن الوارث الذى رفض تلقى التركة ، أن يقبل التركة باسم مدينه ، عن طريق الدعوى غير المباشرة .

٢ - دعوى الرجوع action à fin de rapport [١٤٣] : وهى الدعوى التى تكون للوارث فى مواجهة الموهوب له إذا كان وارثا ، والتى يطالـب فيها برجوع الهبة إلى التركة بعد موت الواهب ، لتوزع على جميع الورثـة كل بقدر نصيبه .

---

(142) M. Planiol et G. Ripert, op. cit. n°79 par Radouant, n°901 ; T. civ. Privas, 2 févr. 1955 : *JCP* 1956, éd.G, II, n°9527, obs. J-B ; contra : H., L. et J ; Mazeaud, op. cit.n°24 par F. Chabas, n°961.

(143) Cass. civ.1ère, 12 mars 1968 : *Bull. civ.* I, n°97.

٣ - دعوى القسمة action en partage :

وهى الدعوى التى يرفعها المالك على الشيوع l'indivisaire فى مواجهة باقى الملاك ، بطلب قسمة الأموال الشائعة les biens indivis ، حيث أجازت المادة ٨١٥ - ١٧ فى فقرتها الثالثة لدائنى هذا المالك ، مباشرة هذه الدعوى باسمه ، على أساس الدعوى غير المباشرة [(١٤٤)] .

٤ - دعوى الإنقاص action en reduction : وهى التى يرفعها الوارث فى مواجهة الموهوب له غير الوارث ، بهدف إنقاص الهبة

---

(١٤٤) حيث نصت صراحة على ما يلى :

" Ils (les créanciers) ont toutefois la faculté de provoquer le partage au nom de leur débiteur ...".

وقد أجاز القانون المصرى لدائنى الشركاء التدخل فى دعوى القسمة باعتباره صاحب مصلحة ، على أساس المادة ١٥٣ مرافعات التى تنص على أنه " يجوز لكل ذى مصلحة أن يتدخل فى الدعوى منضما لأحد الخصوم " ، وفى هذه الحالة يراقب سير إجراءات القسمة حتى لا تتم على نحو يضر بمصالحه . كما أجازت المادة ٨٤٢ / ١ مدنى للدائن أن يعارض فى أن تتم القسمة بدون علمه ، وتوجه هذه المعارضة إلى كل الشركاء . وقد نصت على أنه " لدائنى كل شريك أن يعارضوا فى أن تتم القسمة أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم ، وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء ، ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين فى جميع الإجراءات ، وإلا كانت القسمة غير نافذة فى حقهم .... " . راجع فى ذلك تفصيلا : السنهورى ، الوسيط ج ٨ ، ص ٨٤٥ وما بعدها ، منصور مصطفى منصور ، حق الملكية ، المرجع السابق ، بند ٧٨ ص ١٩٤ وما بعدها ، اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، بند ١٠٠ ص ٢٢٩ وما بعدها . ولم يستلزم القانون شكلا خاصا لهذه المعارضة ، ويرى البعض (البدراوى ، حق الملكية ، هامش رقم (١) ص ٢٢٠) أن الدائن يستطيع استعمال حق مدينه فى طلب القسمة على أساس الدعوى غير المباشرة ، وفقا للمادة ٢٣٥ مدنى ، إذا توافرت شروطها .

إلى حدود الوصية ، إذا كانت الهبة تزيد على نصاب الوصية . وهى إحدى الدعاوى المخولة للوارث للحفاظ على حقوقه فى الإرث [١٤٥] .

فوفقا لهذا الرأى يمكن قياس دعوى رفع المنع من التصرف على هذه الدعاوى والحقوق – رغم تعلق هذه الأخيرة جميعا بالتركات – ، إذ ليس هناك فارق بين الحالتين ، ومن ثم فليس هناك ما يحول دون مطالبة دائن المتصرف إليه برفع المنع من التصرف عن طريق الدعوى غير المباشرة .

٦٢ – المآخذ الموجهة إلى قياس دعوى رفع المنع من التصرف على بعض دعاوى الميراث :

يأخذ الفقه [١٤٦] على هذا القياس بعض المآخذ :

فمن ناحية أولى يؤخذ عليه تجاهله الفارق الجوهرى بين دعوى رفع المنع من التصرف ، وبين بعض دعاوى الميراث المشار إليها ، فكل من دعوى الرجوع ودعوى الإنقاص تتعلق بحقوق مالية لا تستلزم وجود تقدير شخصى ، ولا ترمى إلا إلى تحقيق المساواة فى قسمة التركة .

ومن ناحية أخرى فالمدين فى هذه الدعاوى – وهو الوارث صاحب الحق فى رفع هذه الدعاوى – الذى يستعمل دائنه حقوقه بطريق الدعوى غير المباشرة ، ليس مستفيدا من تبرع ، كما أنه ليس هناك ثمة التزام على عاتقه فى مواجهة الواهب – المورث – ومن ثم فليس هناك تعارض بين مصلحة هذا الأخير وبين مصلحة الوارث ، كما هو الحال فى كل من دعوى

---

(145) Cass. civ.1ère, 20 oct. 1982 : D.1983, p.120, note Ph. Rémy ; *RTDciv* 1983, p.771, obs. J. Patarin ; *RD rur.* 1984, p.580, note R. Le Guidec.

(146) J. Casey et X. Savatier, notes ss Cass. civ.1ère, 3 juin 1998, préc.

إبطال القسمة ودعوى الرجوع ، كما أنه ليس هناك تجاوز لحدود قررها القانون ، كما هو الحال فى دعوى الإنقاص .

وهذه الاعتبارات لا وجود لها فى حالة دعوى رفع المنع من التصرف التى تستلزم تقديرا شخصيا من المتصرف إليه ، هذا إلى جانب أن هذا الأخير يلتزم فى مواجهة المتصرف بمقتضى الشرط المانع من التصرف ، ومن ثم فهناك تعارض فى المصالح بين مصلحة المتصرف من ناحية ومصلحة دائنى المتصرف إليه من ناحية أخرى .

يضاف إلى ذلك ، أن المدين فى هذه الدعاوى السابقة يدعى باعتباره وارثا لا فى مواجهة المورث ، بل فى مواجهة من تلقى هبات أو عطايا من هذا الأخير ، وغاية ما يمكن أن يترتب على هذه الدعاوى هو وجود قدر من الكدر فى علاقات الورثة بعضهم ببعض ، وهم من يطلق عليهم شركاء الميراث les cohéritiers . أما فى حالة دعوى رفع المنع من التصرف ، فالدعوى تكون موجهة من المتصرف إليه إلى المتصرف .

وأخيرا ، فإنه تبقى بعد ذلك إشكالية حق الوارث فى استعمال الخيار الوراثى ، والذى يبدو إلى حد بعيد ، قريب الشبه بحق المتصرف إليه فى طلب رفع المنع من التصرف ، فكلاهما يستلزم تقديرا شخصيا من جانب صاحب الحق فيه ، وهو المدين (الوارث) فى الحالة الأولى ، أو المتصرف إليه فى الحالة الثانية ، ومع ذلك لا خلاف على جواز استعمال دائنى الأول (الوارث) حق الخيار بدلا منه بطريق الدعوى غير المباشرة ، دون دائنى الثانى (المتصرف إليه) .

والسؤال هنا : ما الذى يحول دون قياس دعوى رفع المنع من التصرف على هذا الحق ؟ .

وجواب ذلك أنه لا محل للقياس هنا أيضا ، إذ استعمال الوارث حقه في الخيار الوراثي يفترض ثبوت حقه في التركة سلفا ، فالخيار لا ينشئ للوارث حقا لم يكن موجودا من قبل ، ومن ثم فإن استعمال هذا الحق لا ينطوي ، في ذاته ، على تواطؤ إضرارا بمصلحة الدائن . يضاف إلى هذا أن التقدير المتاح أمام المدين الوارث ، لحظة مزاولة الخيار ، ذو قيمة مالية ، وليست له أية قيمة أدبية أو معنوية ، فمستحق الإرث le successible لا يفعل سوى أن يقرر ما إذا كان سيتلقى التركة أم لا ، دون أن يكون لغيره من الورثة ، الذين قد يفيدوا من امتناعه عن تلقي التركة ، شأن في هذا . ولذا فليس بمستغرب أن يكون لدائنيه الحق في قبول التركة بدلا منه ، واستعمال حقه في الخيار الوراثي بطريق الدعوى غير المباشرة .

٦٣ - (٣) عدم النص صراحة على منع دائن المتصرف إليه من استعمال حق هذا الأخير بطريق الدعوى غير المباشرة :

أخيرا يستند هذا الرأي في الاعتراف لدائني المتصرف إليه بالحق في طلب رفع المنع من التصرف بطريق الدعوى غير المباشرة ، إلى عدم ورود ما يمنع ذلك صراحة في المادة ٩٠٠ / ١ ، ومن ثم يتعين استصحاب الأصل وهو الجواز .

ولكن يرد على ذلك بأن عدم النص على الحظر ، لا يجب أن يفهم منه ، بالضرورة ، أن النص يجيز للدائن رفع هذه الدعوى ، فضلا عن أن المادة ٩٠٠ / ١ نص خاص ، وقلما يأتي نص خاص يستبعد ، بذاته ، حق الدائن في استعمال الدعوى غير المباشرة [١٤٧] .

---

[147] P. FREDERIC, op. Cit., p. 64 .

الفرع الثانى
دعوى رفع المنع من التصرف
دعوى متصلة بشخص المتصرف إليه

٦٤- أسانيد هذا الاتجاه : تعداد :

يذهب هذا الاتجاه ، خلافا لسابقه ، إلى رفض الاعتراف لدائنى المتصرف إليه باللجوء إلى الدعوى غير المباشرة للمطالبة برفع المنع من التصرف ، وذلك على أساس أن هذه الدعوى الأخيرة من الحقوق المتصلة بشخص المتصرف إليه المدين ، التى يستقل وحده بتقدير استعمالها من عدمه .

وهذا هو ما قضت به صراحة محكمة Bressuire الابتدائية (١٤٨) فى حكمها سالف الذكر ، حيث قدرت أن " الموهوب له ، وحده ، هو الذى يجب أن يقدر شخصيا ما إذا كان يريد التخلص من ديونه التزامه (١٤٩) .

فوفقا لهذا الرأى فإن تخلص المدين من التزاماته مسألة معنوية ترتبط بشخصه . ويقوم هذا الرأى على عدة حجج تتمثل فى تبنى تفسير واسع لمصطلح الحقوق المتصلة بشخص المدين ، وإبراز الطابع الشخصى والعائلى لدعوى رفع المنع من التصرف ، وأخيرا بيان حقيقة دعوى رفع المنع من التصرف المخولة للمتصرف إليه فى اعتبارها رخصة أكثر منها حق . ونتناول هذه الحجج فيما يلى :

---

(148) TGI Bressuire, 1er juin 1976, préc.

(149) *" seul, le donataire doit apprécier personnellement s'il peut se faire relever de son engagement"*

٦٥ – (١) التوسع في تفسير المقصود بالحقوق المتصلة بشخص المدين :

يذهب هذا الرأى إلى تفسير المادة ١١٦٦ مدنى فرنسى تفسيرا واسعا ، بحيث لا يكفى لاعتبار الحق من الحقوق المتصلة بشخص المدين ، أن يكون من الحقوق غير المالية فحسب ، بل يمكن كذلك أن يكون من الحقوق المالية متى كان رفع الدعوى بها يفترض تقديرا شخصيا ذا طابع عائلى أو معنوى بالنسبة للمدين .

ففى حكم لمحكمة النقض الفرنسية فى ٨ يونيو ١٩٦٣ [١٥٠] قضى بأنه يستفاد من نص المادة ١١٦٦ أن " الدائن لا يستطيع أن يدعى بدلا من المدين ، ومحله ، بدعوى مما تتوقف مباشرتها على اعتبارات شخصية ذات طابع عائلى أو معنوى " [١٥١] .

ويفند أنصار هذا الرأى التفسير الضيق لمصطلح " الحقوق المتصلة بشخص المدين " ، مؤكدين عدم صحة اعتبار هذا المصطلح مرادفا لمصطلح " الحقوق غير المالية " ، إذ على الرغم من التسليم باعتبار هذه الأخيرة حقوقا متصلة بشخص المدين ، إلا أنه ليس هناك ما يحول دون اعتبار الحقوق المالية كذلك ، لاعتبارات معنوية أو عائلية متصلة بشخصه أيضا ، مما يجب أن يستقل بتقديرها ، وحده ، دون دائنيه .

---

[150] Cass. civ.1ère, 8 juin 1963 : *Bull. civ.*I, n°252 ; D. 1964, p.713, note Lamand ; *JCP* 1965, éd.G, II, n°14087, note R. Savatier.

[151] وقد أعلنت المحكمة عن ذلك بوضوح فى قولها :

" le créancier ne peut intenter, aux lieu et place de son débiteur, une action dont l'exercice est subordonné à des considérations personnelles d'ordre moral ou familial ".

ويفرعون على ذلك التأكيد على استبعاد دعوى رفـع المنـع مـن التصرف من نطاق الدعاوى المتصلة بشخص المتصرف إليـه ، ورفـض التسليم لدائنى هذا الأخير باستعمال هذا الحق باسمه ، عن طريق الـدعوى غير المباشرة . بل ويسرى ذات الحل - فى تقديرهم - حتى فـى الفـرض الذى قد يثير فيه المدين (المتصرف إليه) نفسه ، مصلحة دائنيه فى رفـع المنع من التصرف ، وهو فرض نادر ، حيث يظل دائما ، وحده ، صـاحب الحق فى تقدير ذلك من عدمه ، ومدى ملائمة استعمال هذا الحق بالمخالفـة لإرادة المتصرف .

٦٦ - (٢) إبراز الطابع الشخصى والعائلى لدعوى رفع المنع مـن التصرف :

يركز هذا الرأى ، فى تأكيد الطابع الشخصى والعائلى لدعوى رفـع المنع من التصرف ، على إبراز الآثار النفسية السلبية التى يمكـن أن تقـع داخل إطار العائلة ، نتيجة تدخل الدائن بطريق الدعوى غيـر المباشـرة ، فكيف يمكن أن يكون جزاء تفضل الواهب على الموهوب له ، هو لجوء هذا الأخير أو دائنه إلى ساحات القضاء لرفع المنع من التصرف ؟ وإذا حـدث هذا ، فما موقف الواهب إزاء سلوك الموهوب له ؟ ثم أليس من شـأن هـذا السلوك تعريض العلاقات العائلية لمخاطر مادية تعصف بها ؟ .

هناك إذا ، فى الحقيقة ، اختبار شائك للمشاعر العائلية ، والمتصرف إليه وحده هو الذى يستطيع أن يبرهن على صدق هذه المشاعر ، وإذا كـان اتخاذ قرار فى هذا الشأن باللجوء إلى القضاء لرفع المنع مـن التصـرف ، ليس بالأمر اليسير بالنسبة إليه ، بل على العكس - وبكل تأكيد - فإنه قرار جد خطير ، لا يسع المتصرف إليه إزاءه سوى أن يتردد كثيرا قبل أن يقابل إحسان الواهب وتفضله بالجحود واللجوء إلى القضاء ، فكيف يمكن القول ،

والحال كذلك ، أن بإمكان الدائن أن يحل محله ، بطريق الدعوى غير المباشرة ، لطلب رفع المنع من التصرف ؟ .

ويلاحظ أن هذا الطابع الشخصي والعائلي لدعوى رفع المنع من التصرف يبرز ، بوجه خاص ، عندما يكون الشرط المانع من التصرف واردا في هبة ، حيث يقع التعارض بين مصلحة الموهوب له من ناحية ، ومصلحة الواهب من ناحية أخرى حال حياة هذا الأخير .

أما حيث يكون الشرط واردا في وصية فيتضاءل ، إلى حد ما ، الطابع الشخصي أو الأدبي لدعوى رفع المنع من التصرف ، إذ لا يكون هناك تعارض بين مصلحة الموصي (المتصرف) ومصلحة الموصى إليه (المتصرف إليه) ، الذي لا ينتقل المال إليه إلا بعد وفاة الموصي ، بل يقع التعارض بين مصلحة الموصى إليه وبين مصلحة الغير – وهو غالبا أحد أفراد العائلة – الذي قد يفيد من المنع من التصرف ، كأن يكون مستفيدا من عائد المال الممنوع التصرف فيه ، ففي مثل هذا الفرض – أي حيث يكون الممنوع من التصرف موصى له ، يكون من المتصور قبول دعوى الدائن غير المباشرة ، وذلك على العكس مما لو كان الممنوع من التصرف موهوبا له ، حيث يتعين دائما مراعاة الاعتبارات العائلية والأدبية بين الواهب وبين الموهوب له [١٥٢] .

ويتأكد الطابع الشخصي أو العائلي لدعوى رفع المنع من التصرف حين يكون القصد من المنع هو حماية المتصرف إليه نفسه .

فإذا كان الشرط واردا في وصية فلا يكون هناك تعارض بين مصلحة الموصي ومصلحة الموصى له ، إذ الفرض أن قيام هذا الأخير

---

(152) P. FREDERIC, op. Cit., p. 60.

، (أو دائنه) بطلب رفع المنع من التصرف ، فإن ذلك لن يكون حال حياة الموصى ، الأمر الذى قد يجوز معه القول بقبول الدعوى غير المباشـــرة ، ومع هذا فإنه يجب أن يظل فى الاعتبار دائمـــا أن إهـــدار إرادة الموصـــى (المتصرف) يظل أمرا قائما حتى فى هذه الحالة .

أما إذا كان الشرط واردا فى هبة ، فعلى الرغم مـــن عـــدم وجـــود تخوف من إهدار ثمة مصلحة للواهب ، إذ الفرض أن الشرط مقصـــود بـــه حماية الموهوب له ، إلا أن طلب رفع المنع من التصرف يظل قائما علـــى تقدير شخصى ذى طابع عائلى ، حيث يتساءل الموهوب له ، حتما ، عما إذا كان الواهب ، حين وضع الشرط حماية لمصلحته ، قد وضع فى اعتباره ما قد يطرأ على هذه المصلحة من تطور . ولا شك فى أن هذا التساؤل يقـــوم على تقدير شخصى محض ، ليس بإمكان دائنى الموهوب له أن يحلوا محله فى القيام به .

وهكذا فإنه فى جميع الأحوال ، لا يخرج أمر تقـــدير اللجـــوء إلـــى دعوى رفع المنع من التصرف ، المقررة فى المادة ٩٠٠ / ١ ، عن كونـــه تقديرا شخصيا ذا طابع معنوى أو عائلى تفوق أهميته ما لدعوى المتصرف إليه من أهمية .

ولذا يؤكد البعض [١٥٣] أن انحياز القضاء باستمرار إلـــى جانـــب الشرط المانع من التصرف يرجع فى حقيقته إلى هـــذا الطـــابع الشخصـــى والعائلى للمصالح المقصود حمايتها بمقتضى الشرط المانع من التصـــرف ، ومن ثم فالقول بجواز لجوء الدائن إلى الدعوى غيـــر المباشـــرة ، كوســـيلة

---

(153) J-F Vouin, note ss TGI Cherbourg, 13 févr. 1974, préc.

للتوصل إلى رفع المنع من التصرف ، ينطوى على تجاهل لتراث قضـائى عريق يميل دائما إلى جانب المصالح العائلية على حساب المصالح المالية .

ولهذا الاعتبار أيضا رفضت محكمة النقض ، ومنذ وقت مبكر ، [١٥٤] دعوى الدائن التى يطالب فيها ببطلان الرهن الذى رتبه مدينه بالمخالفة للشرط المانع من التصرف على أساس أن هذه الدعوى لا تكون مقبولة إلا ممن تقرر الشرط لمصلحته .

٦٧ - (٣) دعوى رفع المنع من التصرف المخولة للمتصرف إليه رخصة أكثر منها حق :

يقرر الفقه المعارض لاستعمال دائنى المتصرف إليه الدعوى غير المباشرة كوسيلة لرفع المنع من التصرف ، أن دعوى رفع المنع من التصرف المخولة للمتصرف إليه ليست حقا بالمعنى الدقيق ، مما يدخل فى ذمة المدين ، ويشكل عنصرا إيجابيا فيها ، وإنما هى مجرد رخصة أكثر منها حق ، ولذلك فهى تخرج عن الضمان العام لدائنى المتصرف إليه على أمواله . فكما أن الدائن لا يستطيع أن يقبل هبة [١٥٥] أو يرفضها [١٥٦] بدلا من مدينه ، فهو لا يستطيع كذلك أن يحل محله فى طلب رفع المنع من التصرف .

---

(154) Cass, req., 27 nov. 1893 : D.P.1894. 1. p.566.

(155) T. civ. Quimper, 2 mai 1893 : DP 1895, 2, p.153, note P. Dupuich ; M. Planiol et G. Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. 7, 1954, par Radouant, n°904.

وانظر أمثلة أخرى للرخصة وتمييزها عن الحق : السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ، بند ٥٤٢ ص ٨٩٥ وما بعدها .

(156) M. Planiol et G. Ripert, op. cit. n°79 par Radouant, n°904 .

وانظر عكس ذلك :

T. civ. Arras, 11 déc. 1935 : DP 1937, 2.p.27. note M. Nast

المطلب الثانى

موقف القضاء إزاء طلب الدائن رفع المنع من التصرف على أساس الدعوى غير المباشرة

٦٨ – موقف غامض غير حاسم :

باستقراء العديد من أحكام القضاء الفرنسى ، وعلى مدى فترة طويلة ، يمكن القول إن موقف محكمة النقض الفرنسية قد اتسم بالغموض والتردد بشأن قبول دعوى الدائن برفع المنع من التصرف على أساس الدعوى غير المباشرة ، مما أثار الجدل والتساؤلات حول حقيقة موقفها إزاء قبول هذه الدعوى ، ويتضح هذا الغموض والتردد من خلال بعض الأحكام الهامة لها التى نستعرضها فى هذا الشأن :

٦٩ – حكم ١٠ يوليو ١٩٩٠ (١٥٧) :

– ترجع وقائع هذا الحكم إلى قيام وكيل الدائنين le syndic بطلب رفع المنع من التصرف بطريق الدعوى غير المباشرة ، لاستيفاء حقوق الدائنين نظرا لصدور حكم قضائى بتصفية أموال المدين liquidation judiciaire ، مستندا فى ذلك إلى نص المادة ١١٦٦ مدنى ، وكذلك إلى نص المادة ١٥ من قانون ١٥ يوليو ١٩٦٧ بشأن التنظيم القضائى للشركات le règlement judiciaire des entreprises التى تخول وكيل الدائنين مباشرة حقوق ودعاوى المدين المتعلقة بذمته المالية ، إلا أن محكمة الاستئناف قضت بعدم قبول الدعوى على أساس أن " أيا من الدعوى غير المباشرة أو

---

(157) Cass. civ.1ère , 10 juil 1990, préc.

المادة ١٥ من قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ يخوله - أى وكيل الدائنين - إقامة دعوى لصيقة بشخص المتبرع إليه لما لها من اعتبارات عائلية " .

ولما طعن وكيل الدائنين على هذا الحكم قضت محكمة النقض فى ١٠ يوليو ١٩٩٠ برفض الطعن ، غير أن قضائها لم يأت حاسما بشأن قبول أو عدم قبول الدعوى غير المباشرة ، بل جاء مشوبا بالغموض مثيرا للتساؤلات ، ذلك أنها أرجعت عدم قبول الطعن لا إلى رفض هذه الدعوى من دائنى المتصرف إليه ، بل لأن الطعن كان غير ذى أساس ، وهو ما فسرته محكمة النقض بقولها إن الحكم المطعون فيه لم يصرح برفض دعوى وكيل الدائنين ، بل غاية ما فعله أنه وازن بين المصالح المتعارضة ، ومن ثم يغدو الطعن ، استنادا إلى أن الحكم المطعون فيه قد رفض الدعوى غير المباشرة ، فى غير محله .

وقد أوقعت هذه الصياغة المرنة لحكم ١٠ يوليو ١٩٩٠ الفقه فى حيرة بشأن تحديد موقف محكمة النقض .

فالبعض (١٥٨) استنتج من هذه الصياغة أنها تفيد ضمنا قبول محكمة النقض الدعوى غير المباشرة ، وهو ما يرجحه أن محكمة النقض لم تعلن ، صراحة ، رفض الدعوى غير المباشرة ، رغم أن ذلك كان بإمكانها بسبب ما شاب الطعن من خلط (١٥٩) .

---

(158) J. Patarin : obs. sur Cass. civ.1ère, 10 juill. 1991 : *RTDciv* 1991, p.582 ; P. Salvage et F.Lucet, notes ss Cass. civ.1ère, 3 juin 1998, préc. ; M. Grimaldi, note ss Cass. civ.2ème, 30 juin 1993 et Cass. civ.1ère, 15 juin 1994, préc.

(159) J. Patarin : obs. sur Cass. civ.1ère, 10 juill. 1991, préc.

بينما كان البعض الآخر (١٦٠) أكثر حذرا ، حين فطن إلى أن عبارة الحكم ، على النحو الذى جاءت عليه ، لا يستفاد منها ، قطعا ، أن محكمة النقض تعترف بإمكانية لجوء دائنى المتصرف إلى الدعوى غير المباشرة كوسيلة لرفع المنع من التصرف ، ذلك أن المحكمة لم تكن تستطيع - إزاء ما وقع فيه الطعن من خلط يجرده من كل قيمة - أن تذهب إلى أبعد مما قضت به .

وبعبارة أخرى ، فإن إلغاء الحكم المطعون فيه كان أمرا مشكوكا فيه إلى حد بعيد ، ولذا ، وبحسب قول البعض (١٦١) ، فإنه لم يكن هناك ما هو أفضل من ذلك أمام محكمة النقض .

---

(160) F.Lucet, notes ss Cass. civ.1ère, 3 juin 1998, préc.
(161) X. Savatier, note ss Cass. civ.1ère, 15 juin 1994, préc. ; J. Patarin, note ss Cass. civ.1ère, 10 juill. 1990, préc., J. Casey, note ss Cass. civ.1ère, 3 juin 1998, préc. ; A. Sériaux, op. cit.,n°27.
(162) J. Patarin, idem.

٧٠ – حكم ٣٠ يونيو ١٩٩٣ (١٦٢) :

لم يتغير الحال بعد ذلك فى حكم الدائرة الثانية لمحكمة النقض فى حكم ٣٠ يونيو ١٩٩٣ الذى قضى بقبول الطعن المقدم من البنك الدائن بطلب رفع المنع من التصرف استنادا إلى المادتين ٩٠٠ / ١ و ١١٦٦ مدنى .

٧١ – حكم ٣ يونيو ١٩٩٨ (١٦٣) :

ويعد هذا الحكم من الأحكام الهامة التى تعد نقطة فاصلة فى القضاء الفرنسى ، حيث تغلبت فيه محكمة النقض على ترددها السابق ، وقضت بما لا يدع مجالا للبحث أو التساؤل عن حقيقة موقفها – تأييدا لحكم الاستئناف – برفض الدعوى غير المباشرة التى أقامها دائن المتصرف إليه مطالبا فيها برفع المنع من التصرف عن المال الموهوب إلى مدينه .

وتتحصل وقائع هذا الحكم فى قيام أبوين بالتبرع إلى ابنتيهما ببعض العقارات ، مع اشتراط احتفاظ الواهبين بحق الاستغلال ، ومنع التصرف فى المال الموهوب ، وكذا الاحتفاظ بالحق فى الرجوع فى الهبة . ولما كانت إحدى الموهوب لهما مدينة لبنك UBN (١٦٤) ، فقد قام هذا الأخير ، بطلب رفع المنع من التصرف ، بطريق الدعوى غير المباشرة ، إلا أن دعواه قوبلت بالرفض من محكمة استئناف Toulouse فى ١٨ ديسمبر ١٩٩٥ ، حيث قضت بأنه " ليس للدائن أن يطلب ، بطريق الدعوى غير المباشرة ،

---

(162) Cass. civ.2ème, 30 juin 1993, préc.

(163) Cass. civ.1ère, 3 juin 1998 : *JCP* 1998, éd.G, II, n°10167, note J. Casey ; *Defrénois* 1999, art.36928, p.93, note X. Savatier ; *RTDciv* 1999, p.963, note J. Patarin ; *JCP* 1999, éd.G, I, chron. n°132 par R. Le Guidec.

(١٦٤) وهذه الحروف اختصار لاسم البنك الذى يعرف ببنك :

Union Bancaire du Nord .

إعادة النظر فى الشرط المانع من التصرف المتضمن فى التبرع الممنوح إلى مدينه " (١٦٥) .

طعن البنك الدائن على هذا الحكم مستندا فى ذلك إلى دفعين (الأول) يقوم على مخالفة الحكم المطعون فيه لحكم المادة ١١٦٦ مدنى ، وذلك على أساس أن هذه الدعوى ليست من الحقوق المتصلة بشخص الموهوب له (المتصرف إليه) ، ومن ثم لا يمتنع على دائن هذا الأخير اللجوء إليها . (والثانى) يقوم على مخالفة الحكم المطعون فيه لنص المادة ٩٠٠ / ١ مدنى التى أجازت للمتصرف إليه أن يستصدر إذنا من القضاء بالتصرف فى المال المشترط عدم التصرف فيه فى حالة ما إذا ظهرت مصلحة أكثر أهمية من تلك التى قام عليها الشرط ، ومن ثم فإنه كان من المتعين على الحكم المطعون فيه ، لا أن يضع فى اعتباره ، مصلحة المتصرف إليه ، فحسب ، وإنما كذلك المصلحة المشروعة للدائن فى رفع المنع من التصرف ، وأن يقدر ما إذا كانت هذه المصلحة الأخيرة أكثر أهمية من تلك التى استند إليها المنع من التصرف أم لا .

غير أن محكمة النقض رفضت هذا الطعن وأيدت حكم الاستئناف فيما انتهى إليه من أن " ملائمة طلب الإذن بالتصرف فى المال ، الذى سبق أن تلقاه المتصرف إليه ، مقترنا بالمنع من التصرف ، يخضع لاعتبارات شخصية ، ذات طابع معنوى وعائلى ، لا تنفك عن الهبة ... ومن ثم فإن الدعوى التى ترمى إلى الإذن بالتصرف فى المال ، والمنصوص عليها فى

---

(165) " *le créancier ne peut pas, par voie de l'action oblique, demander la révision d'une clause d'inaliénabilité stipulée dans une libéralité faite à son débiteur* " .

المادة ٩٠٠ / ١ مدنى ، لمصلحة الموهوب له ، تتصل اتصالا وثيقا بشخصه ، بحيث لا يمكن أن تباشر بواسطة دائن محل مدينه " (١٦٦) .

وقد نال هذا الحكم قبول الفقه (١٦٧) الذى قدر له تغليبه للمصالح العائلية على المصالح المالية لدائنى المتصرف إليه . ومع ذلك تساءل البعض (١٦٨) – بحق – عن مدى قيمة هذا الحكم ، فى الحالة التى يفقد فيها الشرط المانع من التصرف الإعتبارات الشخصية والعائلية التى يستند إليها ، وعما إذا كان الطريق إلى الدعوى غير المباشرة سيظل مغلقا فى هذه الحالة أم أن الأمر قد يختلف ؟ .

---

(166) " *l'opportunité de demander l'autorisation de disposer du bien que le gratifié avait accepté de recevoir frappé d'inaliénabilité, était subordonnée à des considérations personnelles d'ordre moral et familial inhérentes à la donation ..., et que l'action tendant à être autorisé à disposer du bien, prévue à l'article 900-1 au profit du donataire, était exclusivement attachée à la personne de celui-ci, de sorte qu'elle ne pouvait être exercée par un créancier à la place de son débiteur.* "

(167) J. Casey, *JCP* 1998, éd.G, II, n°10167 préc ; X. Savatier, *Defrénois* 1999, art.36928, p.93, préc; J. Patarin, *RTDciv* 1999, p.963,préc.

بل إن البعض ذهب إلى ضرورة اتباع ذات الحل أيضا فى حالة خضوع أموال المدين للتصفية القضائية ، بحيث يمتنع على المصفى اللجوء إلى الدعوى غير المباشرة فى هذه الحالة ، وفقا لحكم المادة ١٥٢ من قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ التى تستبعد حقوق المدين المتصلة بشخصه من نطاق الدعاوى التى يباشرها المصفى . راجع :

J. Casey, : *JCP* 1998, éd.G, II, n°10167 préc.

(168) J. Patarin, *RTDciv* 1999, p.963, préc; R. Le Guidec, *JCP* 1999, éd.G, I, chron. n°132 .

من ذلك مثلا الحالة التى لا يكون القصد فيها ، من اشتراط المنع من التصرف ، سوى الإضرار بحقوق الدائنين ، أو الحالة التى يكون فيها الدائن نفسه أحد أفراد العائلة ، ويطالب المتصرف إليه بدين نفقة .

وفى اعتقادنا أن هذا الحكم قد أزال حالة التردد التى انتابت الأحكام السابقة عليه ، والتى كانت تفضل استخدام عبارات مرنة تثير اللبس حول حقيقة موقف القضاء ، ولذا فإنه يحسب لهذا الحكم أنه كان حاسما فى رفض لجوء دائن المتصرف إليه إلى الدعوى غير المباشرة ، مؤكدا أن المادة ٩٠٠ / ١ مدنى ليست سوى طريق مسدود أمام الدائن .

لكن يبقى مع ذلك ، فى رأينا ، تساؤل هام عما إذا كان هذا الحكم قد أرسى مبدأ فى المسألة محل البحث ، أم أن الباب لا يزال مفتوحا للتأويل والاختلاف ؟ . فالحكم وإن رفض قبول الدعوى غير المباشرة على أساس أن الهبة لا تنفك عنها البتة الاعتبارات الشخصية ، فإنه ينبغى - جريا على ذات المنطق - تبنى نفس الحل فى حالة الوصية ، ولكن - وكما سبق أن رأينا - لما كانت تلك الاعتبارات أقل ظهورا فى الوصية عنها فى الهبة ، لعدم وجود مواجهة مباشرة بين الموصى والموصى له ، فإن التساؤل يظل مطروحا حول موقف محكمة النقض فى هذا الفرض .

وهكذا ، وعلى الرغم من وضوح حكم ٣ يونيو ١٩٩٨ فى رفض الدعوى غير المباشرة ، إلا أنه لم يحسم الجدل حول مدى قبول الدعوى غير المباشرة . ورغم هذا فالقدر المتيقن منه هو أن هذه الدعوى لم تلق ترحيبا لا من الفقه ولا من القضاء ، يجعل منها الوسيلة التى توفر الحماية لدائنى المتصرف إليه ، أو الأساس الذى يتكئون عليه . ومن ثم يلزم البحث عن وسيلة أخرى تمكن أولئك الدائنين من الحجز على المال الممنوع التصرف فيه . وهو ما سنعرض له تفصيلا فى الباب الثانى من هذه الدراسة .

الباب الثانى
وسائل محدودة
لدائنى المتصرف إليه
فى مواجهة الشرط المانع من التصرف

٧٢ - تقسيم :

إزاء ما وجه من اعتراضات ، سواء من الفقه أو القضــــاء ، إلـــى الدعوى غير المباشرة ، كوسيلة يلجأ إليها دائنو المتصـــرف إليـــه لإهـــدار الأثر المانع من الحجز للشرط المانع من التصرف ، اقترحت وسائل أخرى أكثر قبولا من الدعوى غير المباشرة .

وتنطلق هذه الوسائل من تساؤل محدد ، وهو إذا كان من المسلم بـــه أن الشرط المانع من التصرف يحتج به في مواجهة دائني المتصرف إليـــه ، فهل يمكن أن يظل الأمر كذلك إذا انحرف هذا الشرط عن الغرض منه ؟ .

لا نعتقد في ذلك ، ولذا ينبغي أن نعرض لمـــدى إمكانيـــة الطعـــن في الشرط المانع من التصرف بما يواجه هذا الانحراف . والوسيلة الأولـــى لذلك هي دعوى عدم نفاذ التصرفات (الدعوى البولصية) ، فنعرض لمدى إمكانية الاستفادة من شروطها إذا توافرت ، لمواجهة هذا الشرط ، لا ســيما إذا ثبت وجود تواطؤ بين المتصرف والمتصرف إليه إضرارا بحقوق دائني هذا الأخير .

وهناك وسيلة أخرى لا يجب إغفالها ، وهي دعوى بطلان الشـــرط المانع من التصرف ، إذا فقد أحد شروط صحته . حيث ذهب البعض إلـــى أن بإمكان الدائن أن يتفادى الأثر المانع من الحجز ، بـــأن يطلـــب بطـــلان الشرط المانع من التصرف ، إذا أثبت تخلف أحد شروط صحته .

وعلى الرغم مما قد تحققه هاتان الوسيلتان من فائدة بالنسبة لـــدائني المتصرف إليه ، إلا أنها وسائل محدودة الجدوى في مواجهة الشرط المـــانع من التصرف .

في ضوء ذلك فسوف نقسم الدراسة فى هذا الباب إلى فصلين كالتالى :

الفصل الأول : الدعوى البولصية كوسيلة للطعن على الشرط المانع من التصرف

الفصل الثانى : دعوى بطلان الشرط المانع من التصرف .

الفصل الأول

الدعوى البولصية

كوسيلة للطعن على الشرط المانع من التصرف

٧٣ - تقسيم :

نقسم دراسة الدعوى البولصية كوسيلة للطعن على الشرط المانع من التصرف إلى مطلبين متتاليين ، نخصص الأول لمدى إمكانية تطبيق شروط هذه الدعوى للطعن على الشرط المانع من التصرف ، ونعرض في الثاني لموقف القضاء إزاء تطبيق شروط هذه الدعوى .

المبحث الأول

مدى إمكانية تطبيق شروط الدعوى البولصية

للطعن على الشرط المانع من التصرف

٧٤ - إذا كانت الدعوى غير المباشرة ترمى إلى حماية الدائن من مسلك سلبى لمدينه يتمثل فى إهماله وتقاعسه عن المطالبة بحقوقه ، فإن الدعوى البولصية ترمى إلى حماية الدائن من مسلك إيجابى صادر عن مدينه يتمثل فيما أبرمه من تصرفات ضارة بحقوق دائنه ، فيكون لهذا الأخير الحق فى المطالبة بعدم نفاذ هذه التصرفات إذا توافرت الشروط القانونية اللازمة لذلك .

ولا ترمى هذه الدعوى إلى إبطال التصرف المطعون فيه ، فهى ليست دعوى بطلان ، وإنما دعوى عدم نفاذ تصرفات [١٦٩] ، إذ يظل

---

(١٦٩) السنهورى ، المرجع السابق ، ج ٢ ، بند ٥٩٩ ص ٩٧٦ وما بعدها ؛ عبد المنعم ــراوى : أحكام الالتزام ، سالف الإشارة ، بند ١١٦ ص ١٢٥ وما بعدها ؛ توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام فى أحكام الالتزام ، المرجع السابق ، ص ٦٨ ؛ محمد

التصرف المطعون فيه صحيحا ، فليس هناك من هدف للدائن سوى عدم سريان هذا التصرف فى مواجهته (١٧٠) .

غير أن أثر هذه الدعوى المتمثل فى عدم نفاذ التصرف المطعون فيه ، لا يقتصر على الدائن رافع الدعوى البولصية ، وإنما يفيد منه سائر الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضرارا بهم ، وهم من تتوافر فيهم شروط رفع هذه الدعوى ، أى أولئك الدائنون الذين نشأت حقوقهم قبل التصرف المطعون فيه (١٧١) ، وهو ما قررته صراحة المادة ٢٤٠ من التقنين المدنى المصرى

=لبيب شنب : دروس فى نظرية الالتزام . الإثبات ، أحكام الالتزام ، بند ٢٦٨ ؛ محمد شكرى سرور ، سالف الإشارة ، بند ١٣٥ ص ١١٣ ؛ جلال محمد إبراهيم : أحكام الالتزام ، المرجع السابق ، ص ٢٣٧ .

MAZEAUD, leçons de droit civil, 5e éd., par M. JUGLART, n° 1002, p. 955.

(170) Cass. civ.1ère, 28 févr. 1978 : *Gaz. Pal*. 1978, I, pan. jur. 42

وانظر كذلك نقض مصرى من أن " الدعوى البولصية ليست فى حقيقتها إلا دعوى بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين إضرارا بدائنه ، ولا يمس الحكم الصادر فيها صحة العقد الصادر من المدين ، بل يظل هذا العقد صحيحا ، وقائما بين عاقديه ، منتجا كافة آثاره القانونية بينهما ... " الطعن رقم ٧٣٤ لسنة ٤٩ ق س ٣٤ ص ١٧٥١ بجلسة ٣٠ نوفمبر ١٩٨٣ . أيضا الطعن رقم ٦١٥ لسنة ٥٠ ق س ٣٤ ص ١٩٧٢ بجلسة ٢٩ ديسمبر ١٩٨٣ .

(١٧١) السنهورى ، المرجع السابق ، ج ٢ ، بند ٦٠٢ ص ٩٨٥ وما بعدها ؛ عبد المنعم البدراوى : أحكام الالتزام ، سالف الإشارة ، بند ١٤١ ص ١٦٣ وما بعدها ؛ توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام فى أحكام الالتزام ، المرجع السابق ، ص ٦٩ ؛ محمد لبيب شنب : دروس فى نظرية الالتزام . الإثبات ، أحكام الالتزام ، بند ٢٦٩ ؛ محمد شكرى سرور ، سالف الإشارة ، بند ١٣٦ ص ١١٣ وما بعدها ؛ جلال محمد إبراهيم : أحكام الالتزام ، المرجع السابق ، ص ٢٣٨ .

من أنه " متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الـــذين صدروا هذا التصرف إضرارا بهم " . وذلك على خلاف الوضع فى القانون الفرنسى ، حيث يستأثر الدائن رافع الدعوى البولصية بفائدتها ، وحده ، دون سائر الدائنين ممن لم يدخلوا معه فى الدعوى (١٧٢) .

٧٥ - ولكن إلى أى مدى يمكن الطعن بالدعوى البولصـــية علـــى الشرط المانع من التصرف ؟

يمكن القول ، ابتداء ، إن تطبيق شروط هذه الدعوى علــى الشــرط المانع من التصرف ، لم يكن محل ترحيب كبير من القضـــاء ، بــل كـــان مشوبا بالحذر والأناة بصدد بعض هذه الشروط . وتفصــيل ذلــك يتضـــح باستعراض هذه الشروط للوقوف على مدى توافرها فى حالة الطعــن علـــى الشرط المانع من التصرف .

٧٦ - أولا - بالنسبة للشروط الــلازم توافرهـــا فـــى التصـــرف المطعون فيه بالدعوى البولصية ومدى توافرها فى الشـــرط المـــانع مـــن التصرف :

يجب ، وفقا لنص المادة ٢٣٧ مدنى مصرى ، توافر شرطين فـــى التصرف الذى يطعن فيه بالدعوى البولصية ، الأول أن يكون تصرفا قانونيا ، والثانى أن يكون تصرفا مفقرا .

فمن جهة أولى ، يشترط فى التصرف المطعـــون فيـــه بالـــدعوى البولصية أن يكون تصرفا قانونيا ، ولا يثير هذا الشرط ثمـــة مشـــكلة ، إذ

---

(172) MAZEAUD, leçons de droit civil, op. Cit.,n° 1005, p. 956 ; A. SERIAUX, droit des obligations, n° 223, p. 680.

ومن أحكام النقض الفرنسى : civ., 4 déc.1923, S., 1923,1, 254.

لا يعدو الشرط المانع من التصرف أن يكون تصرفا قانونيا ، سـواء تعلـق بمعاوضة أو تبرع ، ومن ثم يتحقق فيه هذا الشرط .

كما يجب ، من جهة ثانية ، أن يكون هذا التصرف القانونى تصرفا مفقرا act d'appauvrissement ، أى أن يكون من شأنه أن ينقص من حقوق المدين أو يزيد فى التزاماته ، فيجب على الدائن أن يثبت أن هذا التصرف يترتب عليه إعسار المدين l'insolvabilité du débiteur أو زيادة إعساره ، مما يضر بحقوقه .

ويستطيع المدين أن ينفى هذا الضرر ، ومن ثم يتفادى الحكم بعدم نفاذ التصرف ، إذا أثبت أن لديه من الأموال ما يكفي لسداد ديونه ، أو تزيد عليها (١٧٣) ، ولذا تتسم الدعوى البولصية بأنها دعوى تكميلية action subsidiaire ، لا يجوز للدائن أن يلجأ إليها إلا كطريق أخير .

والسؤال هو إلى أى مدى يعد الشرط المانع من التصرف تصرفا مفقرا بالنسبة للمتصرف إليه ؟ .

يقرر البعض (١٧٤) أن الشرط المانع من التصرف ليس تصرفا مفقرا بالنسبة للمدين المتصرف إليه ، ومن ثم لا يجوز الطعن عليه بالدعوى البولصية ، فهذا الشرط وإن كان يحول بين الدائنين وبين المال الممنوع التصرف فيه ، إلا أنه ليس من شأنه أن يؤدى إلى إعسار المدين المتصرف إليه أو زيادة إعساره ، بل العكس هو الصحيح ، حيث تزيد ذمة المدين بتلقى هذا المال ، ولو كان ذلك مقترنا بالمنع من التصرف فيه ، إذ لا يترتب على

---

(173) Cass. civ.1ère, 31 mai 1978 : *Bull. civ. I,* n°209 ; Cass. civ.1ère, 6 janv 1987 : *Bull. civ.I,* n°1 ; Cass. civ.2ème, 7 févr. 1979 : *Bull. civ. II,* n°27.

(174) Casey,op. Cit.

هذا المنع خروج أى مال من ذمة المتصرف إليه ، فغاية الأمر أن الدائن يعلق أملا فى أن يتمكن من الحجز على هذا المال الذى دخل فى ذمة مدينه ، ومن ثم فلا يكون هناك محل لادعاء الدائن بأن ضررا ما أصابه من جراء هذا المنع من التصرف ، فهو لم يفقد شيئا ، كان فى ذمة مدينه ، ينعى خروجه من الضمان العام لهذا الأخير .

على أنه قد يقال ، للتدليل على أن الشرط المانع من التصرف تصرف مفقر للمتبرع إليه ، بوجوب التمييز بين التصرف ذاته - وهو التبرع الذى انتقلت به الملكية إلى المتصرف إليه - من جهة ، وبين الشرط المانع من التصرف من جهة أخرى . فالتبرع يترتب عليه إثراء ذمة المدين - المتبرع إليه - بقيمة مالية جديدة ، يعول عليها الدائن ، وفقا لنص المادة ٢٠٩٢ مدنى فرنسى [١٧٥] ، فى حين يقف الشرط المانع من التصرف حائلا بينه وبين الإفادة من هذا المال ، وبهذا يمكن القول باعتبار هذا الشرط تصرفا مفقرا يمكن الطعن عليه بالدعوى البولصية .

ولا يخفى - فى رأينا - فساد هذا النظر ، فمثل هذه التفرقة ، فى واقع الأمر ، ليست سوى تفرقة مصطنعة غير حقيقية ، إذ الحال أن المدين قد تلقى المال مقترنا بالشرط المانع من التصرف ، فهو لم يكن مالكا له ملكية تامة فى أى لحظة ، تبرر الإدعاء بأن هذا الشرط أفقر ذمته .

٧٧ - ثانيا - بالنسبة لشرط الغش من جانب المدين :

---

(١٧٥) وهى تجعل ضمان الدائنين ، يشمل أموال المدين ، عقارية أو منقولة ، حالة أو مستقبلة . وتنص فى ذلك على :

" Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ".

لا يكفى أن يكون تصرف المدين ضارا بالدائن لما يترتب عليه من إعساره أو من زيادة إعساره ، بل يلزم أيضا أن يتوافر لدى المدين قصد الإضرار la volonté de nuire بدائنه . وقد عبرت المادة ٢٣٨ مدنى مصرى عن ذلك بأن يكون التصرف " منطويا على غش من المدين " .

ووفقا للقانون المدنى المصرى فإنه يجب التمييز فى شأن اشتراط غش المدين ، بين المعاوضات والتبرعات ، حيث لا يشترط توافر الغش فى هذه الحالة الأخيرة ، إذ يكفى أن يثبت الدائن أن التبرع الصادر من مدينه قد سبب إعساره أو زاد فى هذا الإعسار .

أما فى حالة المعاوضات فيجب على الدائن إثبات غش المدين ، ولكن لما كان إثبات قصد الإضرار ، ذاته ، أمرا عسيرا لوروده على مسألة نفسية بحتة ، هى إثبات اتجاه إرادة المدين إلى الإضرار بالدائن ، فقد وضع المشرع المصرى قرينة لصالح الدائن ، حيث يكفى أن يثبت الدائن علم المدين بأن التصرف الصادر منه من شأنه أن يسبب إعساره أو أن يزيد فيه . فإذا أثبت الدائن هذا العلم ، كان ذلك قرينة قانونية على غش المدين [١٧٦] .

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٣٨ من القانون المدنى المصرى على ذلك بقولها إنه " إذا كان تصرف المدين بعوض ، اشترط لعدم نفاذه فى حق الدائن أن يكون منطويا على غش من المدين ..... ويكفى لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر عن المدين وهو عالم أنه معسر .... " .

---

(١٧٦) السنهورى ، المرجع السابق ، ج ٢ ، بند ٥٩١ ص ٩٦٢ وما بعدها ؛ عبد المنعم البدراوى : أحكام الالتزام ، سالف الإشارة ، بند ١٣٣ ص ١٥٥ وما بعدها ؛ توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام فى أحكام الالتزام ، المرجع السابق ، ص ٦٦

على أن هذه القرينة بسيطة ، أى تقبل إثبات العكس ، فيجوز للمدين أن ينقضها بأن يثبت أنه رغم علمه بإعساره ، إلا أنه لم يقصد الإضرار بالدائن ، أو أنه كان يبتغى تحقيق مصلحة مشروعة (١٧٧) .

أما فى القانون الفرنسى ، فيلزم توافر الغش فى جميع الأحوال ، أى فى المعاوضات والتبرعات على السواء ، حيث وردت عبارة نص المادة ١١٦٧ من القانون المدنى مطلقة فى اشتراط الغش دون تمييز بين المعاوضات والتبرعات (١٧٨) . ويعتبر علم المدين بإعساره قرينة على توافر الغش لديه (١٧٩) .

=؛ محمد لبيب شنب : دروس فى نظرية الالتزام . الإثبات ، أحكام الالتزام ، بند ٢٦٥ بوجه خاص ص ٢٦٢ ؛ محمد شكرى سرور ، سالف الإشارة ، بند ١٣١ ص ١١٠ ؛ جلال محمد إبراهيم : أحكام الالتزام ، المرجع السابق ، ص ٢٣٣ .

(١٧٧) السنهورى ، المرجع السابق ، ج ٢ ، بند ٥٩١ ص ٩٦٢ .

Weill et Terré, op. cit., n°872, G. Goubeaux, obs. sous CA Pau, 24 nov 1981 : *JCP* 1983, éd. G, II, n°19839, cités par J. Devèze et C. Saint-Alary-Houin, op. cit. n°83.

ومن أحكام القضاء الفرنسى :

Cass. civ.1ère, 28 févr. 1978 : *Bull. civ.I*, n°77 ; CA Versailles, 26 mars 1987 : *Gaz. Pal 1987*, II, somm., p.395 ; Cass. civ.1ère, 14 mars 1984 : *Gaz. Pal*. 1985, I, 17, note Plancqueel.

(١٧٨) حيث أجازت ، بعبارة مطلقة ، للدائنين أن يطعنوا ، باسمهم الشخصى ، على تصرفات مدينهم التى تصدر منه إضرارا بحقوقهم .

" ils peuvent aussi, en leurs nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits" .

(179) H., L. et J. Mazeaud, Leçons de droit civil, t.2, 1er vol., 6ème éd. par F. Chabas, n°994, , J.-Cl : Contrats et obligations, art. 1167, n°75

H., L. et J. Mazeaud, Leçons de droit civil, t.2, 1er vol., 6ème éd. par F. Chabas, n°994, , J.-Cl : Contrats et obligations, art. 1167, n°75

ومع هذا فقد ذهب رأى فى الفقه الفرنسى إلى أنه يجب على الدائن إثبات توافر قصد الإضرار لدى المدين بحقوقه لا مجرد علمه بإعساره . راجع :

ومن ناحية اشتراط الغش فى جانب من صدر له التصرف ، فإنه يجب التمييز كذلك بين المعاوضات والتبرعات .

فإذا كان التصرف معاوضة ، فإنه يجب توافر الغش لدى من صدر له التصرف ، أى أن يكون هناك تواطؤ بينه وبين المدين ، بأن يكون عالما بغش هذا الأخير ، وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٢٣٨ / ١ مدنى مصرى ، حيث استلزمت أن " يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش " ، وقد أقام هذا النص قرينة على توافر هذا العلم متى كان من صدر له التصرف عالما بإعسار المدين ، وهو ما نصت عليه كذلك المادة ٢٣٨ / ١ من القانون المدنى من أنه " يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر " [١٨٠] .

أما فى القانون الفرنسى ، فعلى الرغم من أن المادة ١١٦٧ لم تستلزم هذا الشرط ، إلا أن القضاء يسلم به [١٨١] .

=P. Malaurie et L.Aynès, Droit civil, les obligations, éd. Cujas 1986, n°651 et P. Weill et F. Terré, Droit civil, n°872.

[١٨٠] وفى ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن " مفاد نص المادتين ٢٣٧ ، ٢٣٨ / ١ من القانون المدنى ، أن الغش الواقع من المدين وحده فى عقود المعاوضات لا يكفى لإبطال تصرفه (عدم نفاذه) ، بل يجب إثبات التواطؤ بينه وبين المتصرف له على الإضرار بحقوق الدائن ، لأن الغش من الجانبين هو من الأركان الواجب قيام دعوى عدم نفاذ التصرفات عليها ، وأن يثبت أن الغش موجود وقت صدور التصرف المطعون فيه " . نقض مدنى ٢٧ أبريل ١٩٧١ ، مجموعة أحكام النقض ، س ٢٢ ص ٥٦٥ .

[181] Cass. civ.1ère, 27 juin 1984 : *Bull. civ. I*, n°211

وإذا كان التصرف تبرعا ، جاز للدائن الطعن بالدعوى البولصية ، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا (م ٢٣٨ / ٢) [١٨٢].

٧٨ - والشاهد مما سلف هو ما يثيره شرط " توافر الغش " من تساؤلات فى نطاق الشرط المانع من التصرف .

فمن جهة أولى ، هل يمكن القول أن علم المتصرف إليه بأثر الشرط المانع من التصرف على دائنيه ، والمتمثل فى المنع من الحجز ، قرينة على توافر الغش لديه ؟ .

قد يكون هذا متصورا ، ومع هذا يستطيع المدين ، أن يثبت أنه رغم علمه بأثر الشرط المانع من التصرف على حقوق دائنيه ، إلا أن هذا الشرط ليس من شأنه الإضرار بحقوق هؤلاء ، لأنه تصرف غير مفقر ، أو أنه لم يقصد منه سوى تحقيق مصلحة مشروعة ، حتى ولو كان مفقرا .

ومن جهة أخرى ، هل يمكن اعتبار الشرط المانع من التصرف ، فى ذاته ، من قبيل أعمال التبرع الصادرة عن المدين ؟

فى الحقيقة يصعب القول بذلك ، إذ الشرط المانع من التصرف ليس سوى عبء فرضه المتصرف (المتبرع) على عاتق المتصرف إليه (المدين المتبرع إليه) .

---

[١٨٢] ومن تطبيقات القضاء الفرنسى :

Cass. com., 22 mai 1978 : *Bull. civ.IV*, n°139, Cass. civ.1ère, 23 avril 1981 : *Bull. civ. I*, n°130

ومن جهة ثالثة ، يثور تساؤل هام ، وهو ما مدى إمكانية لجوء الدائن إلى الدعوى البولصية فى حالة وجود تواطؤ تدليسى collusion frauduleuse بين المتصرف والمتصرف إليه ؟

والحقيقة أن أهمية هذا التساؤل تبدو بوجه خاص فى الفرض الذى يكون المتصرف والمتصرف إليه كلاهما مدينا لذات الدائن ، إذ تبدو فى هذا الفرض جدوى الطعن بالدعوى البولصية بالنسبة لهذا الأخير .

ويمكن تصور ذلك فى حالة ما إذا كان هناك تضامن سلبى بين المتبرع والمتبرع إليه (١٨٣) ، أو كان أحدهما مدينا والآخر كفيلا (١٨٤) ، حيث يجوز للدائن الرجوع على أى منهما فى الحالتين .

فإذا افترضنا أنه لم يكن لهذين المدينين من مال سوى المال الممنوع التصرف فيه ، فإن وجود الشرط المانع من التصرف يعنى الحيلولة بين الدائن وبين استيفاء حقه من أى منهما ، ذلك أن المال المتبرع به سيخرج من ذمة المتبرع ، مع احتفاظه بحق الانتفاع ، ويدخل فى ذمة المتبرع إليه مقترنا بالشرط المانع من التصرف ، والنتيجة هى أن الدائن لا يمكنه الوصول إلى هذا المال لا من المتبرع ولا من المتبرع إليه ، الأمر الذى يكشف عن وجود تواطؤ بينهما بقصد الإضرار بحقوقه .

ولا شك فى أن لجوء الدائن إلى الدعوى البولصية فى هذه الحالة يعد وسيلة مناسبة لمواجهة هذا التواطؤ ، إذ يصعب القول بوجود مصلحة

---

(١٨٣) فوفقا لمبدأ وحدة الدين بين المدينين المتضامنين ، يجوز للدائن أن يطالب أى مدين بكل الدين منفردا ، كما يجوز له أن يطالب المدينين متضامنين (م ٢٨٥ / ١) .

(١٨٤) حيث يجوز للدائن أن يجمع فى المطالبة بين الكفيل والمدين ، ويجوز له أن يبدأ بمطالبة المدين ، ولكن ليس له أن يبدأ بمطالبة الكفيل وحده . راجع : سليمان مرقس ، عقد الكفالة ، ط ٣ ، ١٩٩٤ ، بند ٥٥ ص ٨٦ .

مشروعة من وراء الشرط المانع من التصرف ، تستأهل مراعاته واحترامه ، بل على العكس يكشف هذا الشرط ، فى هذه الحالة ، عن قصد الإضرار بالدائن ، مما يتعين معه السماح لهذا الأخير بالطعن فى هذا الشرط ، وإهدار ما يترتب عليه من عدم جواز الحجز على المال الممنوع من التصرف فيه .

ونعرض ، فيما يلى ، لموقف القضاء الفرنسى من هذه المسألة ، ورأينا الخاص بشأنها .

المبحث الثانى
موقف القضاء الفرنسى
من الشرط المانع من التصرف
فى حالة وجود تواطؤ بين المتصرف والمتصرف إليه

٧٩ – التسليم للدائن باللجوء إلى الدعوى البولصية :

اعترفت بعض أحكام القضاء الفرنسى ، ومنها حكم محكمة استئناف Poatiers فى ١٧ يونيو ١٩٩٢ (١٨٥) ، للدائن بإمكانية اختصام الشرط المانع من التصرف عن طريق الطعن بالدعوى البولصية .

ولمحكمة النقض الفرنسية ، فى هذا الشأن ، حكم هام ، هو حكم ١٥ يونيو ١٩٩٤ سالف الذكر (١٨٦) . ورغم أن الدائن لم يلجأ ، فى هذه الدعوى ، إلى الدعوى البولصية للطعن على الشرط المانع من التصرف ، إلا أن أهمية هذا الحكم تكمن فى أنه لفت النظر إلى مصير هذا الشرط فى حالة وجود تواطؤ بين المتصرف والمتصرف إليه .

---

(185) CA Poitiers, 17 juin 1992 : Juris-data n° 052107 cité par A. Sériaux, op. cit.n°15.
(186) Cass. civ. 1ère, 15 juin 1994, préc.

وترجع وقائع هذا الحكم إلى أن والدين تبرعا إلى ابنيهما بملكية الرقبة لعقار مملوك لهما ، مع احتفاظهما – أى المتبرعين – بحق الانتفاع ، واشتراط عدم التصرف فى العقار محل المتبرع ، والشاهد من وقائع هذا الحكم ، فيما نحن بصدده ، هو أن أحد المتبرعين ، وهو الأب ، كان كفيلا لأحد ابنيه المتبرع لهما ، فلما أراد الدائن الحجز على العقار المتبرع به ، احتج فى مواجهته بالشرط المانع من التصرف .

ورغم أن الدائن كان يمكنه اللجوء إلى الدعوى البولصية ، على أساس وجود تواطؤ بين مدينه (الابن المتبرع إليه) والكفيل (الأب المتبرع) ، إلا أنه لجأ إلى الطعن ببطلان الشرط المانع من التصرف .

وقد يقال أنه لا محل هنا للطعن بالبطلان لتوافر مصلحة جدية ومشروعة تتمثل فى رغبة الوالدين المتبرعين فى ضمان رجوع المال المتبرع به إليهما فى حالة وفاة الابن المتبرع إليه حال حياتهما ، دون أن يكون له وارث سواهما ، وقد تتمثل هذه المصلحة فى رغبتهما فى بقاء ملكية الرقبة لابنهما المتبرع إليه .

وليس هناك أدنى نزاع فى ضرورة احترام مثل هذه المصالح الجدية المشروعة ، ولكن تثور المشكلة حين تكون هذه المصالح مصطنعة أو وهمية بغرض إخفاء مصالح أخرى أقل أهمية ، تتمثل فى إبعاد المال المتبرع به عن أيدى الدائنين .

وعلى الرغم من أن مسألة وجود تواطؤ بين الأب المتبرع والابن المتبرع إليه لم تكن مطروحة فى هذه الدعوى ، إلا أن التساؤل قد ثار فى

الفقه (١٨٧) ، فى معرض تعليقه على حكم ١٥ يونيو ١٩٩٤ ، حول حالة تبرع أحد المدينين المتضامنين إلى الآخر ، ومدى إمكان افتراض التواطؤ بينهما فى هذه الحالة ، ومدى إمكانية لجوء دائنهما إلى الطعن بالدعوى البولصية .

فذهب البعض (١٨٨) إلى أن التواطؤ لا يفترض ، وإنما يقع على عاتق الدائن ، وفقا للقواعد العامة ، عبء إثبات توافره ، دون أن يكلف بإثبات قصد الإضرار به .

بينما ذهب البعض الآخر (١٨٩) إلى أنه لا يجوز – فى الفرض الذى نحن بصدده – الاحتجاج فى مواجهة الدائن بالشرط المانع من التصرف ، إذ لا يصح الاحتماء بمثل هذا الشرط ، بزعم احترام إرادة المتبرع ، حيث يجب أن يتقيد احترام هذه الإرادة بعدم الإضرار بحقوق الدائن .

ووفقا لهذا الرأى ، فإنه يتعين الأخذ بهذا الحل سواء كان هناك حسن نية أو سوء نية لدى أطراف التصرف .

ففى حالة حسن النية لا يجوز لطرفى التصرف – المدينين المتضامنين – الإفادة من الأثر المانع من الحجز للشرط المانع من التصرف ، إذ القول بغير ذلك يعنى تخلص طرفى التصرف من التزامهما فى مواجهة الدائن .

(187) A. Leborgne, note ss Cass. civ.1ère, 15 juin 1994, préc. ; J. Patarin, notes ss Cass. civ.1ère, 15 juin 1994, préc. et Cass. civ.1ère, 3 juin 1998, préc.
(188) J. Patarin, notes ss Cass. civ.1ère, 15 juin 1994. préc, p. 669.
(189) A. Leborgne, note ss Cass. civ.1ère, 15 juin 1994, préc.

ومن باب أولى ، فى حالة توافر سوء النية لدى طرفى التصــرف ، أى حيث يكون هناك تواطؤ بينهما على الإضرار بمصلحة الــدائن ، فــلا نزاع فى عدم جواز الاحتجاج بالشرط المانع من التصرف فى هــذه الحالــة أيضا .

وخلاصة ذلك أن أيا من عقد الهبة أو الوصية لا ينبغى أن يؤدى إلى إخراج المال الموهوب أو الموصى به من الضمان العام للدائنين .

٨٠ - رأينا الخاص :

فى اعتقادنا أنه لا ينبغى التشكك فى افتراض التواطؤ فى مثل هــذه الحالة ، فالتبرع وإن لم يكن مفقرا بالنسبة إلى المتبرع إليه ، إلا أنــه يعــد كذلك بالنسبة للمتبرع ، الأمر الذى يصح اعتباره عمــلا تدليســيا une acte frauduleux من جانبه ، فقيام أحد المدينين المتضامنين بالتبرع بمالــه إلــى المدين الآخر المتضامن معه ، وإن كان لا يغير ، فى الظاهر ، من موقــف الدائن ، إذ لا يعنيه كثيرا أن يكون المال الذى يريد الحجز عليه فى يــد أى من مدينيه ، إلا أنه بالتأمل فى حقيقة هذا الوضع ، نجد أن الأمر ليس كذلك ، إذ على الرغم من أن وجود المال فى ضمان أى من مدينيه ، لا يحول بينه وبين استيفاء حقه من كليهما معا ، إلا أن التبرع بهذا المال من أحدهما إلــى الآخر ، مقرونا بالشرط المانع من التصرف ، لا يعدو أن يكون حيلة مدبرة بينهما للحيلولة بين الدائن وبين الحجز على هذا المــال ، ومــن ثــم عــدم استطاعته الرجوع على أى منهما ، الأمر الذى لا يثور معه شك فى تحقــق الضرر بالنسبة للدائن فى هذا الفرض .

ولذلك لا نظن أن القضاء يجد ثمة حرج فى أن يهدر أثــر الشــرط المانع من التصرف فى مثل هذه الحالة ، وعدم الالتفات إلى احتجاج المدين المتبرع بهذا الشرط .

ولا يلزم في هذه الحالة ، وفقا لأحكام الدعوى البولصية ، إثبات وجود تواطؤ بين المتبرع والمتبرع إليه ، وذلك وفقا للفقرة الثانية من المادة ٢٣٨ مدني مصري . فإذا كان لا يشترط وفقا لهذا النص غش المدين ولا سوء نية المتصرف إليه في التبرعات ، حيث يكفي الدائن أن يثبت أن هذا التبرع قد سبب إعسار المدين أو زاد في إعساره ، بصرف النظر عن علم المدين المتبرع أو المتبرع إليه بذلك ، فإننا نعتقد - ومن باب أولى - ضرورة الأخذ بذات الحل ، حين يكون كل من المتبرع والمتبرع إليه مدينا لذات الدائن ، لأن النتيجة التي يفضي إليها هذا التبرع هي حرمان الدائن من استيفاء حقه من أي من مدينيه .

وحتي في القانون الفرنسي ، حيث يلزم توافر الغش في التبرعات كما في المعاوضات ، فليس من المتعذر إثباته ، بل يجوز ذلك بكافة طرق الإثبات ، كالقرائن (١٩٠) التي تستفاد من بعض الظروف والملابسات ، كتاريخ إبرام التصرف ، كأن يكون تاليا على نشأة الالتزام التضامني (١٩١) ، أو وجود صلة قرابة بين المتبرع والمتبرع إليه (١٩٢) (١٩٣) .

---

(190) Cass. civ.1ère, 3 mai 1972 : *Bull. civ I*, n°117.
(191) Cass. civ.1ère, 17 juill. 1986 : *JCP* 1987, éd. G, II, n°20816.
(192) J. Devèze et C. Saint-Alary-Houin, op. cit. n° 86

(١٩٣) راجع في المقارنة بين موقف القانونين المصري والفرنسي :

السنهوري ، المرجع السابق ، ج ٢ ، بند ٦٠٢ ص ٩٨٥ وما بعدها ؛ عبد المنعم البدراوي : أحكام الالتزام ، سالف الإشارة ، بند ١٤١ ص ١٦٣ وما بعدها ؛ محمد شكري سرور ، أحكام الالتزام ، سالف الإشارة ، بند ١٣٦ ص ١١٣ وما بعدها ؛ جلال محمد إبراهيم : أحكام الالتزام ، المرجع السابق ، ص ٢٣٨ .

يمكن القول إذا إن الدائن لديه فرصة جدية ومعقولة لمواجهة الأثـر المانع من الحجز للشرط المانع من التصـرف ، وفقـا لأحكـام الـدعوى البولصية .

على أنه تجدر الإشارة هنا ، إلى أن الشرط المانع مـن التصـرف لا ينطوى فى الغالب من الأحيان على مثل هذا التواطؤ ، ولذا تظل الدعوى البولصية وسيلة استثنائية فى مواجهة الشرط المانع من التصرف .

وإزاء ذلك ، فإن بوسع الدائن أن يلجأ إلى وسيلة أخرى ، أكثر فائدة له ، بأن ينازع فى صحة الشرط المانع من التصرف ، عن طريق الطعـن ببطلانه .

الفصل الثانى
دعوى البطلان
كوسيلة للطعن على الشرط المانع من التصرف

٨١ - تقسيم :

ذهب البعض إلى أن دائن المتصرف إليه يمكنه تفادى الأثر المانع من الحجز للشرط المانع من التصرف ، عن طريق الطعن ببطلان هذا الشرط .

ووفقا لهذا الاتجاه ، يعد اللجوء إلى هذه الوسيلة أمرا ضروريا لتحقيق التوازن بين مصلحتين متعارضتين ، كلاهما جدير بالاحترام ، المصلحة العائلية من ناحية ، والتى تكون غالبا هى الهدف من الشرط المانع من التصرف ، وتجسدها إرادة المتبرع ، ومصلحة دائنى المتبرع إليه من ناحية أخرى .

إلا أن التساؤل يظل مطروحا حول ما إذا كانت هذه الوسيلة تعد وسيلة كافية أم لا .

وعلى ذلك ، فسوف نقسم دراسة هذا المبحث إلى مطلبين متعاقبين على النحو التالى :

المبحث الأول – دعوى البطلان وسيلة ضرورية للدائن فى مواجهة الشرط المانع من التصرف .

المبحث الثانى – مدى اعتبار دعوى البطلان وسيلة كافية فى مواجهة الشرط المانع من التصرف .

المبحث الأول
دعوى البطلان وسيلة ضرورية للدائن فى مواجهة الشرط المانع من التصرف

٨٢ - تمهيد :

لم تثر مسألة إمكانية الطعن ببطلان الشرط المانع من التصرف ، من جانب الدائن ، إلا منذ وقت قريب ، إذ كان الاتجاه السائد هو رفع آثار الشرط ، إما لزوال المصلحة المشروعة الجدية ، وإما لظهور مصلحة أخرى أكثر أهمية ، دون الطعن فيه بالبطلان .

وكان أول من أشار إلى إمكانية لجوء دائن المتصرف إليه إلى دعوى البطلان هى الأستاذة A. Leborgne ، فى تعليقها على حكم ١٥ يونيو ١٩٩٤ سالف الذكر (١٩٤) .

ثم ما لبث هذا الاتجاه أن ازداد عمقا ورسوخا بفضل الأستاذ Savatier (١٩٥) ، الذى بدأ البحث فى هذه المسألة بالتساؤل عما إذا كان من الجائز للدائن أن يثير مسألة مدى صحة الشرط المانع من التصرف .

وقد اتسم موقف محكمة النقض الفرنسية بالحذر إزاء هذا الاتجاه الجديد ، لما قد يؤدى إليه من فتح الباب أمام زعزعة الثقة فى جدية المصالح التى يقوم عليها الشرط المانع من التصرف ، أو فى مدى أهميتها .

وأول ما تثيره دعوى بطلان الشرط المانع من التصرف هو طبيعة هذا البطلان ، حيث يتحدد مدى جواز لجوء الدائن إليها بحسب ما إذا كان

---

(194) A. Leborgne, note ss Cass. civ.1ère, 15 juin 1994, préc.
(195) X. Savatier, note ss Cass. civ.1ère, 15 juin 1994, préc.

هذا البطلان نسبيا أو مطلقا . وفيما يلي نفصل هذه المسألة ، ثم نعرض لموقف القضاء الفرنسى من هذه الوسيلة .

٨٣ - طبيعة دعوى بطلان الشرط المانع من التصرف :

وفقا لنص المادة ٩٠٠ من التقنين المدنى الفرنسى ، فإن الشروط المستحيلة ، كتلك التى تخالف القوانين والآداب ، والتى تدرج فى أى تصرف بين الأحياء أو مضافا لما بعد الموت - أى الوصية - ، تعد كأن لم تكن " (١٩٦) .

ووفقا لهذا النص ، يقع باطلا كل شرط مخالف للقانون أو الآداب ، كأن يكون الشرط مؤبدا ، أو ألا يكون مبنيا على باعث جدى ومشروع ، ففى مثل هذه الأحوال يجوز للدائن الطعن ببطلان الشرط .

ولكن ما طبيعة هذا البطلان ؟

كما أشرنا حالا ، فإن أهمية هذا التساؤل تبدو فى أنه يتوقف على تحديد طبيعة بطلان الشرط المانع من التصرف ، تحديد ما إذا كان يجوز لدائن المتصرف إليه الطعن بهذا البطلان أم لا .

فالقول بأن هذا البطلان نسبى une nullité relative ، يعنى أنه لا يتعلق سوى بمصلحة أطراف التصرف ، وهما المتبرع والمتبرع إليه ، ومن ثم لا يكون للغير ، وبصفة خاصة دائنى هذا الأخير ، حق الطعن ببطلان الشرط إلا على أساس الدعوى غير المباشرة ، وهى وسيلة غير مسلم بها كما تقدم القول (١٩٧) .

---

(196) *" dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites ".*

(١٩٧) راجع ما تقدم ص ٩٧ وما بعدها .

وعلى العكس من ذلك ، فإنه إذا اعتبر البطلان هنا بطلان مطلق une nullité absolue ، لكان مؤدى ذلك أنه يجوز لأى صاحب مصلحة الطعن ببطلان الشرط المانع من التصرف ، والدائن - بلا شك - صاحب مصلحة مباشرة ، تتمثل فى التخلص من الشرط المانع من التصرف الذى حال بينه وبين المال المراد الحجز عليه .

يذهب جانب من الفقه (١٩٨) إلى ضرورة اعتبار بطلان الشرط المانع من التصرف بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام ، حيث يرى أن دعوى بطلان الشرط المانع من التصرف من جانب الدائن لا تقوم على أساس الدعوى غير المباشرة ، وإنما يرفعها الدائن باسمه الشخصى ، ويستند هذا الرأى إلى عدة حجج :

٨٤ - أولا - حجة تاريخية :

يؤكد هذا الرأى على أن نص المادة ٩٠٠ مدنى فرنسى قد وضع لإرساء المبادئ التى استحدثتها الثورة الفرنسية ، والمتمثلة فى ضمان حرية تداول الأموال la libre circulation des biens ، والتخلص من بقايا نظام الإقطاع ، والتى كانت تطبق الشرط المانع من التصرف تطبيقا صارما ، ولذا فقد سارع القضاء الفرنسى غداة الثورة إلى القضاء ببطلان الشروط المانعة من التصرف ، دون تمييز بينها خشية النكول عن مبادئ الثورة ، وهروبا من شبح نظام الإقطاع الذى راح بغير رجعة . ولم يتراجع القضاء الفرنسى عن الموقف الصارم الذى اتخذه فى مواجهة تلك الشروط ، مقررا صحتها ، إلا بعد أن تلاشت المخاوف من عودة النظام الغابر (١٩٩) .

---

(198) J. Casey, note ss Cass. civ.1ère, 3 juin 1998, préc.
(199) J. Casey, note ss Cass. civ.1ère, 3 juin 1998, préc.

٨٥ - ثانيا - تعلق مبدأ حرية تداول المال بالمصلحة العامة :

يؤكد هذا الرأى على أن نص المادة ٩٠٠ مدنى فرنسى ، يرمى إلى حماية مصلحة عامة ، تتعلق بالنظام العام ، هى تكريس مبدأ حرية التصرف فى الأموال la libre disposition des biens ، ومن ثم فهو يقضى ببطلان أى شرط مانع من التصرف مخالف للقانون أو الآداب .

بينما لا يرمى الشرط المانع من التصرف إلا إلى حماية المالك le propriétaire ، ويقيد من سلطة التصرف l'abusus ، تلك السلطة التى تجسد حق الملكية ، حيث تسمح بتداول المال وحرية التجارة ، وهى ركائز أساسية لحرية الاقتصاد . الأمر الذى يؤكد على أن الشرط المانع من التصرف لا يخل فحسب بمصالح المتبرع إليه ، وإنما كذلك بالمصلحة العامة (٢٠٠) .

وقد أكدت العديد من النصوص على أهمية هذا المبدأ ، وتعلقه بحماية المصلحة العامة ، من ذلك نص المادة ١٥٩٨ مدنى فرنسى - ويقابله نص المادة ٨١ من القانون المدنى المصرى - التى تنص على أن " كل ما يدخل فى دائرة التعامل يمكن بيعه ، ما لم يكن ذلك محظورا بنصوص خاصة " (٢٠١) . وكذلك نص المادة ٥٣٧ مدنى التى تقضى بأن " للأفراد حرية التصرف فيما يملكون من أموال ، مع مراعاة ما قد يطرأ من تعديلات فى القانون " (٢٠٢) . وأخيرا لا ينبغى أن تفوت الإشارة إلى نص المادة ٥٤٤

---

(200) C. Larroumet, Droit civil, t. 2, Les biens- Droits réels principaux, 3ème éd., n°342.

(201) " *tout ce qui est dans la commerce peut être vendu lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation* ".

(202) " *les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par la loi* ".

مدنى فرنسى – وتقابله المادة ٨٠٢ مدنى مصرى – التى تعرف حق الملكية بأنه " الحق فى الانتفاع والتصرف فيما يملك بصورة مطلقة " (٢٠٣) .

ولا يقف الأمر عند هذا الحد ، بل إن المجلس الدستورى ، من جانبه ، أكد فى غير مناسبة ، على القيمة الدستورية لهذا المبدأ (٢٠٤) .

وخلاصة ما سلف ، أنه لا محل للتردد فى القول بأن الشرط المانع من التصرف إذا لم يستوف شروط صحته ، فإنه يقع باطلا بطلانا مطلقا (٢٠٥) .

٨٦ – ثالثا – الشرط المانع من التصرف استثناء على مبدأ " ذمة المدين تكون الضمان العام لدائنيه " :

لما كان الأصل هو أن ذمة المدين تمثل الضمان العام لدائنيه ، فإن مقتضى الشرط المانع من التصرف هو خروج بعض عناصر هذه الذمة من هذا الضمان ، ولهذا فإن انتفاء أى من شروط صحة هذا الشرط ، التى نصت عليها المادة ٩٠٠ / ١ يفقده كل قيمة ، ومن ثم يقع باطلا بطلانا مطلقا .

---

(203) *" le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue ".*

(204) Cons. Const., n°98-403 DC, 29 juill. 1998 : JO 31 juill. 1998, p.11710 ; *JCP* 1998, I, 171, n°3, obs. Périnet-Marquet ; *RTDciv* 1998, p.799, obs. Molfessis et *RTDciv* 1999, p.132 et 136, obs. F. Zenati

(205) A. Sériaux, op. cit. n°7 ; F. Terré et P. Simler, op. cit., n°118 ; J. Carbonnier, Droit civil, t. 3, Les biens, 18ème éd., n°85 ; G. Marty, P. Raynaud et P. Jourdain, Droit civil, Les biens, 1995, n°56-2.

٨٧ - رابعا - حجة مستمدة من المنطق :

وأخيرا ، فإن هذا الرأى يذهب إلى أنه مما يتنافى مع المنطق القول بأن بطلان الشرط المانع من التصرف بطلان نسبى ، لا يخص سوى المتبرع إليه ، وأنه وحده صاحب الحق فى طلب إبطاله ، إذ أن مؤدى ذلك أنه يستطيع الإفادة من هذا الشرط الباطل ، ولا يطلب إبطاله ، حتى يظل فى مأمن من مطالبة دائنه له ، الأمر الذى يعنى أن وفاء المدين بديونه يكون رهنا بمشيئته وإرادته ، وهو لا شك وضع غير منطقى .

كما أن الدائن جدير بالحماية ، على أية حال ، الأمر الذى يغدو معه القول بأن بطلان الشرط المانع من التصرف بطلانا مطلقا منسجما مع مقتضيات المنطق لاعتبارين أساسيين :

الأول - حتى لا يكون الدائن عرضة لتعسف المدين ، الذى يكون بيده ، وحده ، سلطة الإبقاء على الشرط الباطل من عدمه .

الثانى - أن هذا الشرط الباطل يحتج به فى مواجهة الدائن شخصيا ، ومن ثم فليس من المنطق ألا يكون له حق الطعن فيه بالبطلان .

يضاف إلى ذلك أنه إذا كان منع الدائن من الحجز على المال الممنوع التصرف فيه ، يبرره أن الشرط المانع من التصرف يحمى مصلحة جدية ومشروعة ، فليس هناك ما يبرر حرمانه من الطعن فى صحته ، إذا اعتراه عوار يهوى به إلى دائرة البطلان ، كأن لا تكون له من غاية سوى تخليص المدين من مطالبة الدائن نفسه ، إضرارا بحقوق هذا الأخير .

فلكل ما سبق ، تبدو ضرورة الاعتراف للدائن باللجوء إلى دعوى بطلان الشرط المانع من التصرف ، باعتبار أن هذا البطلان بطلان مطلق يتعلق بالنظام العام .

٨٨ - موقف القضاء الفرنسى من الطعن ببطلان الشرط المانع من التصرف :

لم يتردد القضاء الفرنسى ، منذ وقت مبكر (٢٠٦) ، فى الحكم ببطلان الشرط المانع من التصرف عند تخلف أحد شروط صحته ، مؤكدا أن هذا البطلان بطلان مطلق .

كما أصدرت محكمة النقض الفرنسية أحكاما حديثة (٢٠٧) فى دعاوى أقيمت من قبل دائنى المتبرع إليه ببطلان الشرط المانع من التصرف .

من هذه الأحكام ، حكم ١٠ يوليو ١٩٩٠ ، سالف الذكر (٢٠٨) ، حين أقام وكيل الدائنين دعوى بطلان الشرط المانع من التصرف ، دون اللجوء إلى طريق الدعوى غير المباشرة ، وعلى الرغم من أن هذا الحكم لم ينكر على الدائنين لجوئهم إلى دعوى البطلان ، إلا أن هذه الأخيرة رفضت لعدم صحة الأساس الذى قامت عليه . وتبدو أهمية هذا الحكم فى أنه لم يرفض دعوى البطلان من حيث المبدأ ، خاصة أن رافع الدعوى هو وكيل الدائنين ، وهو يمثل جماعة الدائنين والمدين فى ذات الوقت (٢٠٩) .

---

(206) Cass. civ., 30 janv. 1821 et 15 mars 1837, préc.

(207) Cass. civ.1ère, 10 juill. 1990, préc. ; Cass. civ.1ère, 15 juin 1994, préc. ; Cass. civ.1ère, 8 déc. 1998 : *JCP* 1999, éd.G, somm.p.43 ; D.1999, IR p.26.

(٢٠٨) راجع ما تقدم بند ٦٩ .

(٢٠٩) ومن أحكام القضاء المصرى فى ذلك ، ما قضت به محكمة النقض المصرية من أن " الحكم بإشهار الإفلاس أثره غل يد المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها ، مؤداه فقد أهلية التقاضى بشأنها ، ويحل محله فى مباشرة تلك الأمور وكيل الدائنين الذى تعينه المحكمة فى حكم شهر الإفلاس " . الطعن رقم ٨٦٣٣ س ٦٣ ق جلسة ٢٥ ديسمبر ٢٠٠٠ .

ومن هذه الأحكام أيضا ١٥ يونيو ١٩٩٤ ، سالف الذكر (٢١٠)، الذى صدر بمناسبة منازعة دائن المتبرع إليه فى صحة الشرط المانع من التصرف ، والذى انتهى إلى إلغاء الحكم المطعون فيه فيما قضى به من عدم صحة الشرط المانع من التصرف ، لعدم قيام كل من الواهب والموهوب له بإثبات جدية المصلحة المقصود تحقيقها من المنع .

ففى هذا الحكم لم تنكر محكمة النقض على الدائن لجوئه إلى دعوى البطلان ، بل نعت على الحكم المطعون فيه عدم سلامة الأساس الذى استندت إليه فى القضاء ببطلان الشرط (٢١١) .

إذا نستطيع أن نستخلص من هذه الأحكام أن القضاء الفرنسى لا ينكر على الدائن لجوئه إلى دعوى بطلان الشرط المانع من التصرف ، باعتبار أن هذا الشرط لا يتعلق بمصالح المتبرع إليه وحده .

ولكن مع ذلك ، يبقى التساؤل ، هل تعد دعوى بطلان الشرط المانع من التصرف وسيلة كافية ، فى حد ذاتها ، لتحقيق التوازن بين المصالح العائلية من ناحية ، ومصالح دائنى المتصرف إليه من ناحية أخرى ؟

هذا ما سوف نتناوله فى المبحث التالى .

---

(٢١٠) راجع ما تقدم بند ٤٥ .

(٢١١) وانظر فى ذات الاتجاه :

Cass. civ.1ère, 8 déc. 1998 : *JCP* 1999, éd.G, somm.p.43 ; D.1999, IR p.26.

المبحث الثانى
مدى اعتبار دعوى البطلان
وسيلة كافية فى مواجهة الشرط المانع من التصرف

٨٩ - وسيلة غير كافية - أسانيد ذلك :

يذهب البعض [٢١٢] إلى القول بأن دعوى بطلان الشرط المانع من التصرف ، وإن كانت وسيلة ضرورية ، إلا أنها ليست كافية لتحقيق التوازن الحقيقى بين المصالح المتعارضة .

ويستند هذا الرأى إلى اعتبارين أساسيين ، الأول هو أن هذه الدعوى تتسم بأنها ذات نطاق محدود ، والثانى أنها ليست آمنة تماما حتى بالنسبة للدائن نفسه .

٩٠ - الاعتبار الأول - دعوى بطلان الشرط المانع من التصرف دعوى محدودة النطاق :

يؤكد ذلك أن القضاء الفرنسى لم يقض بهذا البطلان إلا فى أحوال نادرة ، مراعاة للمصالح العائلية التى يرمى الشرط المانع من التصرف إلى حمايتها ، وقد اعتمد فى ذلك على تبنى مفهوم واسع للضوابط التى نصت عليها المادة ٩٠٠ / ١ والمتمثلة فى تأقيت الشرط المانع من التصرف ، وجدية ومشروعية المصلحة التى يقوم عليها .

---

(212) Casey, note ss Cass. civ.1ère, 3 juin 1998, préc.

٩١ - المصلحة المالية ودعوى بطلان الشرط المانع من التصرف :

ففى هذه الحالة يستطيع الواهب الحيلولة بين الدائن وبين المال الموهوب - ومن ثم يتجنب صدور حكم بالبطلان - إذا استعمل حقه فى الرجوع ، فيشترط عدم التصرف فى المال الموهوب ، ضمانا لحقه فى الرجوع فى الهبة Le droit de retour ، سواء كان رجوعا قضائيا [٢١٣] أو اتفاقيا [٢١٤] .

وتبدو أهمية اشتراط الحق فى الرجوع فى تلك الحالة التى يتوفى فيها الموهوب له فى حياة الواهب ، غير أنه يجب التمييز فى هذا الصدد بين بحسب ما إذا كان الرجوع فى الهبة قد تم بالتقاضى أو تم بالتراضى .

٩٢ - الرجوع فى الهبة بالتقاضى :

إذا كان الرجوع قد تم بالتقاضى ، فإن الشرط المانع من التصرف - الذى يرمى إلى ضمان حق الواهب فى الرجوع - لا يمثل عائقا يحول دون انتقال المال من الموهوب له إلى ورثته ، ومن لا يجوز للواهب عند ذلك الرجوع فى الهبة ، باعتبار أن موت أحد المتعاقدين يعد أحد موانع الرجوع فى الهبة . وتبرير ذلك أن حق الورثة قد ثبت على المال الموهوب ، بالميراث ، فإذا تعارض هذا الحق مع حق الواهب فى الرجوع فى الهبة ، كان حقهم أقوى وحائلا دون الرجوع [٢١٥] .

---

(213) Cass. civ., 20 avril 1858, préc. ; CA Angers, 29 juin 1842, préc. ; CA Angers, 18 déc. 1878 : DP 1879, 2, p.172 ; S. 1879, 2, p.322..

(214) Cass. civ., 26 janv.1956 : *Bull. civ.*I, n°37.

(٢١٥) السنهورى ، الوسيط ج ٥ ، بند ١٣٨ ص ١٤٦ . ويشير سيادته إلى تبرير الحنفية لهذا الحكم (بحث الأستاذ أحمد إبراهيم فى التزام التبرعات بمجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٦١) بأنه بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى ورثته ، وهم لم يستفيدوه من جهة

٩٣ – الرجوع فى الهبة بالتراضى (٢١٦) :

أما إذا كان الرجوع قد تم بالتراضى ، فإن الشرط المانع من التصرف ، يعد بمثابة شرط فاسخ une condition résolutoire (٢١٧) ،

=الواهب ، فلا يرجع عليهم ، كما إذا انتقل إليهم فى حال حياته بسبب آخر ، ولأن تبدل الملك كتبدل العين فصار الموهوب كأنه عين أخرى فلا يكون للواهب عليها من سبيل .

(٢١٦) والتراضى على الرجوع فى الهبة هو إقالة منها ، تتم بإيجاب وقبول جديدين . وفى ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن " مفاد الفقرة الأولى من المادتين ٥٠٠ ، ٥٠٣ من القانون المدنى أنه إذا أراد الواهب الرجوع فى الهبة ، وتراضى معه الموهوب له على هذا الرجوع ، فإن هذا يكون إقالة من الهبة تمت بإيجاب وقبول جديدين ، غير أن الإقالة – بنص القانون – لها أثر رجعى فتعتبر الهبة كأن لم تكن .... " الطعن رقم ١٢٩٦ س ٥٧ ق ، جلسة ٢٦ ديسمبر ١٩٩٥ . وتجدر الإشارة إلى أن الرجوع بالتراضى يتميز عن الرجوع بالتقاضى ، فى أن الأول – خلافا للثانى – يتم فى جميع الأحوال ، سواء كان هناك مانع من الرجوع فى الهبة أو لم يكن ، وسواء وجد عند الواهب عذر مقبول للرجوع أو لم يوجد . راجع : السنهورى ، الوسيط ج ٥ ، بند ١٢٩ ص ١٣٦ .

(٢١٧) وقد قضى فى ذلك بأن " الالتزام فى عقد الهبة – شأنه شأن سائر العقود – قد يكون معلقا على شرط فاسخ ، فإذا تحقق الشرط ترتب على ذلك زوال الالتزام وجاز للواهب أن يسترد ما وهبه ، ولا يشترط فى هذه الحالة أن يستند الواهب إلى عذر مقبول ، وإنما يكفى تحقق الشرط ، كما لا يجوز للموهوب له أن يتمسك بقيام مانع من الرجوع فى الهبة لأن العقد شريعة المتعاقدين ، ويجب عليهما تنفيذ ما اشتمل عليه ، ويقوم مقام القانون فى تنظيم العلاقة بينهما ، ولما كانت محكمة الموضوع بما لها من سلطة تفسير العقود قد استظهرت لأسباب سائغة ... أن هذا الشرط قد تحقق ... ورتب الحكم على ذلك قضاءه برد المبلغ ، فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " . جلسة ١٦ مارس ١٩٧٨ الطعن رقم ٣٥١ لسنة ٤٤ ق مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ ص ٧٧٣ .

ومؤدى ذلك أنه فى حالة وفاة الموهوب له فى حياة الواهب ، فإن الهبة ، وفقا لهذا الشرط الفاسخ ، تعتبر كأن لم تكن . ومن ثم يجوز للواهب أن يسترد ما وهبه . وبعبارة أخرى ، فإن المال الموهوب يعتبر أنه لم يخرج قط من ذمة الواهب .

بل ويترتب على ذلك ، فى القانون الفرنسى ، أنه لو كان الموهوب له قد تصرف فى المال ، فإن هذا التصرف يعتبر كأن لم يكن ، وذلك ما لم يتمسك المتصرف إليه الثانى بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية (م ٢٢٧٩ مدنى فرنسى) ، إذا كان المال منقولا ، أو بقاعدة التقادم المكسب la prescription acquisitive إذا كان المال عقارا .

والأمر على خلاف ذلك فى القانون المصرى حيث يمتنع الرجوع أصلا ، سواء بالتقاضى أو بالتراضى ، إذا كان الموهوب له قد تصرف فى المال الموهوب .

٩٤ - المصلحة الأدبية ودعوى بطلان الشرط المانع من التصرف :

كما سبق القول [٢١٨] ، فإن المصلحة الأدبية كافية لإسباغ الصحة على الشرط المانع من التصرف ، ومع هذا فإن التساؤل الذى يفرض نفسه - فى هذا المقام - هو هل هذه المصلحة تبرر الآثار الأخرى الهامة الناجمة عن مثل هذا الشرط ، ونعنى تحديدا منع دائنى المتصرف إليه من الحجز على المال الممنوع التصرف فيه ؟ .

---

[٢١٨] راجع ما تقدم بند ١٨ .

والجواب التقليدى عن هذا التساؤل هو أن المتبرْع حر فى أن يفعل ما يشاء le donateur est libre de faire ce qu'il veut ، وهذا القول إن صح ، فلا ينبغى أن يكون ذلك بإطلاق ، إذ لا يمكن قبول مثل هذا التبرير إلا إذا كان مبنيا على أسباب قوية تسوغه .

فمثل هذه المصلحة ، وإن بدت مشروعة فى ظاهرها ، إلا أنها قد تخفى ورائها مجرد نزوة لدى المتبرع ، بل قد تنطوى على غش ، فمجرد الزعم بوجود مصلحة أدبية ، كاف للحيلولة دون الطعن فى صحة الشرط ، ومن ثم تعدو مبررا سائغا يستند إليه القضاء فى الحكم بصحة هذا الشرط ، الأمر الذى يتعين معه – فى تقديرنا – على القضاء التأنى فى تقدير جدية المصلحة ومشروعيتها .

ولا شك فى أن عناصر الواقع تؤخذ فى الاعتبار عند تقدير هذه المصلحة ، حيث يتمتع قاضى الموضوع بسلطة تقدير هذه العناصر [٢١٩] ، ومن ثم فهو لا يتقيد ، بادعاء الواهب وجود مصلحة جدية ومشروعة ، وراء الشرط المانع من التصرف ، فيستطيع رغم هذا الادعاء ، أن يقر الدائن فى دعواه ببطلان هذا الشرط ، كأن تكون المصلحة المقصودة من الشرط مصلحة تافهة stéréotypé أو متواضعة trop modeste .

ولكن لا يعنى قبول دعوى البطلان لانتفاء المصلحة الجدية والمشروعة ، أن الدائن يستطيع الحجز على المال ، إذ يستطيع الواهب ، رغم هذا ، أن يسترد المال ، ويحرم الدائن من الوصول إليه . وهو الاعتبار الثانى الذى يجعل دعوى البطلان وسيلة غير كافية لتحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة . وهو ما نعرض له فيما يلى .

---

[219] Cass. civ.1ère, 15 juin 1994, préc.

٩٥ - الاعتبار الثانى - دعوى بطلان الشرط المانع من التصرف محدودة النتائج حتى للدائن نفسه :

فدعوى بطلان الشرط المانع من التصرف ليست آمنة تماما حتى بالنسبة للدائن نفسه ، حيث يستطيع المتبرع أن يستعمل حقه فى الرجوع فى الهبة ، فيتفادى بذلك أثر الحكم ببطلان الشرط ، وهو إمكانية الحجز على المال من جانب دائنى المتبرع إليه .

فالدائن يظل مهددا بالإخفاق فى مواجهة الشرط المانع من التصرف ، حتى لو قبلت دعواه ببطلان الشرط المانع من التصرف ، إذا ما استعمل المتبرع حقه فى الرجوع ، وقضى ببطلان الشرط ، وقبول دعوى الرجوع فى ذات الوقت ، وهى حيلة يستطيع بها المتبرع أن يتخلص من أثر الحكم ببطلان الشرط المانع من التصرف .

بل إن من مصلحة المتبرع ، وكذلك المتبرع إليه ، ليس فقط الحكم ببطلان الشرط المانع من التصرف ، بل أيضا بطلان التبرع ذاته ، وذلك بأن يدعى أى منهما استحالة تنفيذ الشرط أو عدم مشروعيته . فوفقا لنص المادة ٩٠٠ مدنى فرنسى تعتبر مثل هذه الشروط كأن لم تكن ، مع بقاء التصرف صحيحا ، حماية لمصلحة المتبرع إليه من تعسف المتبرع ، إذ لو قيل ببطلان التصرف ذاته ، لترتب على ذلك استرداد المال المتبرع به ، ولصار حظر مثل هذا النوع من الشروط التعسفية ، بدون جزاء .

وقد فرق الفقه (٢٢٠) ، وكذلك القضاء ، منذ وقت مبكر (٢٢١) ، بين ما إذا كان مثل هذا الشرط التعسفى هو الدافع impulsive أم لا إلى التبرع ،

---

(220) A. Sériaux, op. cit.n°7. ; M. Morin, préc. ; G. Marty, P. Raynaud et P. Jourdain, op. cit. n° 56-2 ; Terré et Simler, op. cit. n°118 ; P. Simler, préc. ; Zenati et Revet, op. cit. n° 20.

حيث يقضى ببطلان التصرف والشرط معا ، فى الحالة الأولى دون الثانية [٢٢٢] .

٩٦ - تمسك الواهب ببطلان الهبة فى حالة الحكم ببطلان الشرط المانع من التصرف :

ولكن ما الحكم فيما لو ادعى المتبرع أنه ما كان ليتبرع بالمال ، لو كان يعلم أن الشرط المانع من التصرف – وهو الباعث على التبرع – مآله

=وفى الفقه المصرى : السنهورى ، الوسيط ، ج ٨ ، الملكية ، بند ٣١٤ ص ٤٤٨ ، منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق ، بند ٤٥ ص ١٠٤ ؛ جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ، بند ٤٥ ؛ عبد الناصر توفيق العطار ، المرجع السابق ، ص ٨٦ ؛ إبراهيم الدسوقى أبو الليل ، البطلان الجزئى للعقود والتصرفات القانونية ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٩٨ بند ٨٦ ص ١٢٥ ؛ نعمان محمد خليل جمعة ، الحقوق العينية ، ١٩٨٧ ص ٣٩٤ . ويستند هذا الاتجاه الغالب إلى القواعد العامة الواردة فى المادة ١٤٣ مدنى ، والتى تقضى بأنه " إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير هذا الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للإبطال ، فيبطل العقد كله " . وخالف البعض (محمد على عرفة ، المرجع السابق ، بند ٢٣٦ ص ٣٦٠) هذا الاتجاه ، حيث يذهب إلى أن بطلان الشرط المانع من التصرف يستتبع بطلان التصرف الذى يقترن به بطلانا مطلقا ، وذلك عملا بنص المادة ٢٦٦ مدنى التى تقضى بأن " لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن ، أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام " . إلا أنه يرد على ذلك بأن النص محل الاستشهاد يتعلق بالشرط كوصف للالتزام ، لا بالشرط المانع من التصرف باعتباره عبئا على المال محل التصرف .

[221] Cass. req., 3 juin 1863 : DP 1863, 1, p.429.

[222] CA Bordeaux, 8 juin 1959 : *JCP* 1960, II, n°11638, note Guyon ; CA Paris, 23 juin 1892 : S 1893, 2, p.26, note J-L ; Cass. req., 10 nov. 1896 : DP 1897, 1, p.51.

البطلان ، ومن ثم يصل إلى بطلان التصرف ذاته ، وبالتالى استرداد المال المتبرع به ، لأن الباعث الدافع إليه ، وهو الشرط ، وقع باطلا ؟ .

يرى البعض [٢٢٣] أنه لا يجوز التمسك ببطلان التصرف والشرط معا ، إعمالا لصراحة المادة ٩٠٠ مدنى فرنسى التى اقتصرت على النص على بطلان الشروط المستحيلة أو غير المشروعة ، دون بطلان التصرف المقترنة به .

كما أن ما عليه القضاء هو أن بطلان الشرط لا يستتبع بطلان التصرف ذاته ، حيث يعتبر الدافع إلى التبرع هو نية التبرع ذاتها ، ولذا لا يميل إلى الحكم ببطلان الشرط والتصرف معا فى حالة رفع دعوى البطلان من جانب المتبرع إليه . وعلى العكس من ذلك يميل القضاء إلى الحكم ببطلان الشرط والتصرف معا ، فى حالة رفع دعوى البطلان من جانب الدائن .

وهكذا فإن دعوى البطلان التى يقيمها دائن المتبرع إليه ، إما أن يترتب عليها بطلان الشرط المانع من التصرف وحده ، ومن ثم يستطيع الحجز على المال ، أو أن يشمل البطلان الشرط والتصرف معا ، ومن ثم يفقد الدائن نهائيا الأمل فى الحجز على المال نتيجة رجوع هذا الأخير إلى المتبرع .

وإذا كان الأمر كذلك غير مأمون العاقبة ، فلا يكون أمام الدائن سوى انتظار انقضاء مدة المنع من التصرف ، ليستطيع بعدها الحجز على المال .

---

(223) A. Sériaux, op. cit.n°7.

إذا لا خيار ثالث أمام الدائن ، فهو إما أن يقبل المخاطرة ويلجأ إلى دعوى البطلان التى قد تحقق له هدفه فى التوصل إلى الحجز على المال ، أو على العكس ، تبدد أمله مطلقا ، إذا فشلت ورجع المال إلى المتبرع . وإما أن يلجأ إلى الخيار الثانى ، فيؤثر عدم المخاطرة ، وينتظر انقضاء مدة المنع من التصرف حتى يستطيع الحجز على المال بعدها .

لذا يصعب القول إن دعوى البطلان وسيلة آمنة للدائن يستطيع تحقيق مصلحته عن طريقها .

خاتمة

خلصنا من دراستنا السابقة إلي أن هناك محاولات فقهية وقضـــائية جادة ، فى فرنسا ، قد تعرضت لأثر الشرط المانع من التصرف فى مواجهة دائنى المتصرف إليه ، والمتمثل فى منع الحجز على المال الممنوع التصرف فيه . وقد استهدفت هذه المحاولات – التى أثارت الكثير من التســاؤلات – تحقيق قدر من التوازن بين حقوق دائنى المتصرف إليه من ناحية ، وبــين الاعتبارات العائلية والمعنوية التى يقوم عليها المنع من التصرف من ناحيــة أخرى .

وتجنبا لاستدعاء تفصيلات البحث فى هذا الموضع ، فإننــا نســجل هنا بعض الملاحظات التى انتهينا إليها ، ثم ما نراه من اقتراحات فى هــذا الصدد :

ففيما يتعلق بالملاحظات يمكن الإشارة إلى ما يلى :

١ – أن المشرع ، سواء فى مصر أو فى فرنسا ، لم ينص على مبدأ عدم القابلية للحجز كأثر للشرط المانع من التصرف ، بل نشأ هــذا المبــدأ واستقر نتيجة تراث قضائى طويل ، باعتباره يحقق الغرض من المنع مــن التصرف ، وهو عدم خروج المال الممنوع التصرف فيه من ذمة المتصرف إليه إلى الغير .

٢ – أن ترتب هذا الأثر ليس حتميا إلا فى حدود تحقيق الغرض من المنع ، ولذلك لا يمتنع الحجز على المال الممنوع التصرف فيه ، إذا لم يكن من شأنه تفويت الغرض من المنع ، كاشتراط بائع العقار على المشــترى ،

الذى لم يوف بكامل الثمن ، عدم التصرف فى المبيع ، لتجنب إجراءات التتبع فى مواجهة الغير .

٣ – أن هذا المبدأ قد تعرض للنقد من بعض الفقه الفرنسى ، استنادا إلى قياس الشرط المانع من التصرف على حالات أخرى للمنع من التصرف لا تستتبع المنع من الحجز ، من ناحية أولى ، وعدم كفاية تأسيس مبدأ عدم القابلية للحجز على حرية الواهب أو الموصى ، من ناحية أخرى .

٤ – أن المنع من التصرف لا يشمل خروج المال من تحت يد الموهوب له أو الموصى له لسبب خارج عن إرادته ، ولذلك أجاز القضاء الفرنسى للدائن رهن المال الممنوع التصرف فيه رهنا قضائيا أو قانونيا ، بينما حظر الرهن الاتفاقى لهذا المال . وقد انقسم الفقه الفرنسى إزاء هذا التمييز بين معارض ومؤيد .

٥ – أن رهن المال الممنوع التصرف فيه ، وفقا للرأى الذى نفضله ، لا يتعارض مع مبدأ عدم القابلية للحجز ، حيث يظل المنع من الحجز قائما ما بقى المنع من التصرف .

٦ – أنه يجوز لدائن المتصرف إليه الحصول على أمر اختصاص على العقار الممنوع التصرف فيه .

٧ – أن المشرع الفرنسى قد تدخل بالقانون ٣ يوليو ١٩٧١ باستحداث المادة ٩٠٠ / ١ إلى التقنين المدنى ، التى أجازت للمتصرف إليه طلب الإذن من القضاء بالتصرف فى المال الممنوع التصرف فيه ، فى حالة زوال المصلحة التى استند إليها الشرط المانع من التصرف ، أو ظهور مصلحة أخرى أكثر أهمية .

وقد أثار هذا التدخل التساؤل حول مدى إمكانية الأخذ بهذا الحل فى القانون المصرى ، فى ظل عدم وجود نص بذلك ، كما هو الحال فى القانون الفرنسى ، ورجحنا - مع الرأى السائد - جواز ذلك ، نزولا على الطابع الاستثنائى للمنع من التصرف ، وتحقيقا للهدف من إجازته ، وهو تحقيق مصلحة مشروعة .

٨ - أن مفهوم المصلحة التى تطرأ - والتى تكون أكثر أهمية من تلك التى قام عليها المنع من التصرف ، ومن ثم تجيز طلب رفع المنع من التصرف - مفهوم مرن غير محدد ، لم يتفق الفقه بشأنه ، فالبعض اعتنق له معنى ضيقا ، بحيث يقتصر على مصلحة المتصرف إليه ، ومؤدى ذلك استبعاد مصلحة الدائنين ، ومن ثم عدم جواز لجوئهم إلى الدعوى غير المباشرة لطلب رفع المنع من التصرف . والبعض الآخر ، على العكس ، اعتنق معنى واسعا بحيث تدخل فيه مصلحة دائنى المتصرف إليه ، ومؤدى ذلك الاعتراف لهم باللجوء إلى الدعوى غير المباشرة .

٩ - أن مدى جواز لجوء دائنى المتصرف إليه إلى الدعوى غير المباشرة لطلب رفع المنع من التصرف ، يتوقف على حسم الخلاف حول مدى اتصال هذه الدعوى بشخص المدين المتصرف إليه ، وهذه مسألة أخرى انقسم الرأى بشأنها .

حيث ذهب اتجاه إلى أن هذه الدعوى لا تتصل بشخص المدين استنادا إلى الأخذ بالتفسير الضيق لمصطلح " الحقوق المتصلة بشخص المدين " ، وقياس هذه الدعوى على بعض دعاوى الميراث التى يجوز فيها لدائن الوارث مباشرتها باسم ومحل مدينه - وهو قياس مردود - وأخيرا عدم وجود نص صريح بمنع دائن المتصرف إليه من طلب رفع المنع من التصرف .

بينما ذهب اتجاه آخر إلى اعتبار دعوى رفع المنع من التصرف دعوى متصلة بشخص المتصرف إليه ، استنادا إلى تبنى مفهوم واسع للحقوق المتصلة بشخص المدين ، وكذلك التأكيد على الطابع الشخصى والعائلى لهذه الدعوى ، وأخيرا التأكيد على أن هذه الدعوى رخصة أكثر منها حق ، ومن ثم تخرج من الضمان العام لدائنى المتصرف إليه .

١٠ – أنه لا يمكن الجزم بأن القضاء الفرنسي قد تبنى موقفا حاسما بشأن مدى جواز لجوء دائن المتصرف إليه إلى الدعوى غير المباشرة ، لطلب رفع المنع من التصرف ، بل إن أحكامه – كما اتضح من استعراضها – تحتمل التأويل على وجوه عديدة .

١١ – أن هناك وسائل متاحة – وإن كانت محدودة النتائج – لدائنى المتصرف إليه فى مواجهة الشرط المانع من التصرف ، تتمثل فى الدعوى البولصية ، ودعوى بطلان الشرط .

١٢ – أن حالة وجود تواطؤ تدليسى بين المتصرف والمتصرف إليه ، فى الفرض الذى يكون فيه كلاهما مدينا لدائن واحد ، تعد مثالا نموذجيا للطعن على الشرط المانع من التصرف بالدعوى البولصية . ومع هذا ، فهى حالة لا تقع فى الغالب من الأحيان ، الأمر الذى يجعل اللجوء إلى الدعوى البولصية وسيلة استثنائية .

١٣ – أن دعوى بطلان الشرط المانع من التصرف تعد وسيلة ضرورية لدائن المتصرف إليه فى مواجهة هذا الشرط ، إذا لم تكتمل له شروط صحته . وأن الراجح فى طبيعة هذا البطلان أنه بطلان مطلق ، ومؤدى ذلك أنه يجوز لأى صاحب مصلحة – ويدخل فى ذلك دائن المتصرف إليه – الطعن بهذا البطلان .

١٤ - أن دعوى بطلان الشرط المانع من التصرف ، وإن كانت وسيلة ضرورية لدائن المتصرف إليه فى مواجهة هذا الشرط ، إلا أنها ليست كافية ، خاصة فى الفرض الذى يتمسك فيه الواهب ببطلان الهبة ذاتها ، بزعم بطلان الباعث عليها ، وهو الشرط المانع من التصرف ، للتوصل إلى استرداد المال المتبرع به ، وبالتالى حرمان دائن المتصرف إليه من ثمرة دعوى البطلان التى يبتغيها ، وهى رفع المنع من التصرف ، تمهيدا للحجز على المال .

أما فيما يتعلق بمقترحات الدراسة فنلخصها فيما يلى :

١ - ضرورة تدخل المشرع المصرى بالنص صراحة على جواز لجوء المتصرف إليه إلى القضاء لطلب رفع المنع من التصرف ، لمواجهة الحالات التى تزول فيها المصلحة التى قام عليها المنع من التصرف أو ظهور مصلحة أخرى أكثر منها أهمية .

٢ - ضرورة أن يأخذ المشرع صراحة ، مصالح دائنى المتصرف إليه فى الاعتبار ، فى الأحوال التى يثبت فيها أن المنع من التصرف لم يكن له من هدف سوى الإضرار بهذه المصالح ، على أن يترك للقضاء سلطة تقدير ذلك فى كل حالة على حدة . وبذلك يتجنب ما أدت إليه صياغة المشرع الفرنسى فى المادة ٩٠٠ / ١ من خلاف حول ما إذا كانت مصالح الدائنين تدخل فى الاعتبار أم لا عند طلب رفع المنع من التصرف .

تم بحمد الله

Abréviations

Art : article
Bull. Civ : bulletin des arrêts de la cours de cassation (chambre civiles) .
C.A : cour d'appel.
Cass. Civ: cour de cassation, chambre civile.
Chron : chronique.
- Cons. Const., n°98-403 DC Décision du Conseil constitutionnel, numéro.

D : Recueil Dalloz.
Ed : édition.
Gaz. Pal : gazette de palais.
Ibid : ibidem .
I.R : . informations rapides.
J.C.P : juris classeur périodique (la semaine juridique) .
N°: numéro .
Obs : observations.
Op. Cit : ouvrage précité .
p : page.
- Rdrur. 1984.................. Revue de droit rural
S: suivant.
T. Tome
TGI Tribunal de grande instance.

مراجع باللغة العربية :

أولا – المراجع العامة

***د. إبراهيم الدسوقى أبو الليل :**

– الحقوق العينية الأصلية ، ج ١ ، أحكام الملكية ، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩٠ .

***د . أحمد سلامة :**

الملكية الفردية فى القانون المصرى (١) ، دار النهضة العربية ، ط ١ ، ١٩٧٠ .

***د . اسماعيل غانم :**

– الحقوق العينية الأصلية ، الجزء الثانى ، موجز فى أسباب كسب الحقوق العينية الأصلية ، مكتبة وهبة ، ١٩٦٢ .

– النظرية العامة للالتزام ، ج ٢ ، ١٩٦٧ .

***د . توفيق حسن فرج :**

النظرية العامة للالتزام فى أحكام الالتزام ، الجزء الثانى ، ١٩٨٥ .

***د . جلال محمد إبراهيم :**

– النظرية العامة للالتزام (القسم الثانى) أحكام الالتزام ، ٢٠٠٢ .

– الحقوق العينية التبعية .

***د . حسام الدين كامل الأهوانى :**

الحقوق العينية الأصلية . أحكام حق الملكية .

***د . حسن كيرة :**

الموجز فى أحكام القانون المدنى . الحقوق العينية الأصلية : أحكامها ومصادرها ، ط ٤ ، منشأة المعارف ، ١٩٩٥.

***د . سليمان مرقس :**

عقد الكفالة ، ط ٣ ، ١٩٩٤ .

***د . سمير عبد السيد تناغو :**

التأمينات الشخصية والعينية ، ١٩٨٥ .

***د . طلبة خطاب ، د . محمد نصر الدين منصور :**

الحقوق العينية الأصلية . حق الملكية فى التقنين المدنى المصرى ،٢٠٠٠ .

***د . عبد الرزاق أحمد السنهورى :**

الوسيط فى شرح القانون المدنى ، منشأة المعارف ، ط ٢٠٠٤ ، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغى .

- الجزء الثانى ، نظرية الالتزام بوجه عام : الإثبات ، آثار الالتزام .
- الجزء الخامس ، العقود التى تقع على الملكية .
- الجزء الثامن ، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال وقانون حماية حقوق الملكية الفكرية .
- الجزء العاشر ، التأمينات الشخصية والعينية .

***د . عبد الفتاح عبد الباقى :**

- نظرية العقد والإرادة المنفردة . دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامى ، ١٩٨٤ .
- دروس الأموال ، مكتبة القاهرة الحديثة ، بدون تاريخ .

***د . عبد المنعم البدراوى :**

- النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الثانى – أحكام الالتزام ، ١٩٨٦ .
- حق الملكية ، الملكية بوجه عام وأسباب كسبها ، ١٩٩٤ .
- التأمينات العينية ، ١٩٨٩ .

***د . عبد المنعم فرج الصدة :**

حق الملكية ، ط ٢ ، ١٩٦٤ .

•د . عبد الناصر توفيق العطار :

شرح أحكام حق الملكية ، بدون تاريخ .

•د . عزمى عبد الفتاح :

قواعد التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات المصرى ، ٢٠٠١ .

•د . عيد محمد القصاص :

أصول التنفيذ الجبرى وفقا لمجموعة المرافعات المدنية والتشريعات المكملة لها ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٩ .

•د . فتحى والى :

التنفيذ الجبرى ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٥ .

•د . محسن عبد الحميد إبراهيم البيه :

الحقوق العينية التبعية فى القانون المصرى ، مكتبة الجلاء الجديدة ، ١٩٩٥ .

•د . محمد شكرى سرور :

– موجز الأحكام العامة للالتزام فى القانون المدنى المصرى ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٦ .

– موجز تنظيم حق الملكية فى القانون المدنى المصرى ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠ .

•د . محمد على عرفة :

الأموال ، الجزء الأول .

• د . محمد كامل مرسى :

الحقوق العينية الأصلية ، الجزء الأول (الأموال ، الحقوق ، حق الملكية بوجه عام ، المطبعة العالمية ، ١٩٤٩ .

•د . محمد لبيب شنب :

– الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية ، ط ٢ ، ١٩٩٧ .

- دروس فى نظرية الالتزام ، الإثبات ، أحكام الالتزام .
*د . محمود السيد عبد المعطى خيال :
الحقوق العينية الأصلية ، ٢٠٠١ .
*د . محمود جمال الدين زكى :
الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية ، ١٩٧٨ .
*د . محمود عبد الرحمن محمد :
النظرية العامة للالتزامات ، ج ٢ ، أحكام الالتزام ، ط ١ ، ١٩٩٩ .
*د . منصور مصطفى منصور :
حق الملكية فى القانون المدنى المصرى ، مكتبة وهبة ، ١٩٦٥ .
*د . نعمان محمد خليل جمعة :
الحقوق العينية ، ١٩٨٧ .

ثانيا – مؤلفات خاصة

*د. إبراهيم الدسوقى أبو الليل :
البطلان الجزئى للعقود والتصرفات القانونية ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٩٨ .
*د. أبو زيد عبد الباقى مصطفى :
دراسة حول شروط المنع من التصرف ، بحث مقارن ، مجلة المحامى الكويتية ، السنة السابعة ، عدد يناير / فبراير / مارس ١٩٨٤ .
*د . جلال محمد إبراهيم :
التعامل فى التركات المستقبلة " دراسة مقارنة " ، ١٩٩٩.

ثالثا – رسائل دكتوراه

*د. محمد فوزى :

الشرط المانع من التصرف فى حق الملكية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة عين شمس ١٩٩٤ .

*د. منصور مصطفى منصور :

نظرية الحلول العينى ، رسالة من كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ١٩٥٣ .

مراجع باللغة الفرنسية :

OUVRAGES GENERAUX

• (J . L.) BERGEL, (M.) BRUSCHI et (s.) CIMAMONTI :
les biens,1995.

• (M.) CABRILLAC et (Ch.) MOULY:
droit des sûretés, 6e éd.2002.

• (J.) Carbonnier :
Droit civil, t. 3, Les biens, 18ème éd.

• (M.)GRIMALDI :
droit civil, successions, 4er éd. , 1996.

• (P.) JOURDAIN :
les biens, 1995 , Dalloz .

• (C.) Larroumet, Droit civil, t. 2, Les biens- Droits réels principaux, 3ème éd.

• (Ph.) MALAURIE et (L. AYNES) :
Cours de droit civil, les successions, les libéralités, 1998.
Droit civil, les obligations, éd. Cujas 1986,

• H., L. et J. MAZEAUD :
Leçons de droit civil, 5e éd., par M. JUGLART.
Leçons de droit civil, t.2, 1er vol., 6ème éd. par F. Chabas.

• M. PLANIOL, G.RIPERT:
traité élémentaire de droit civil, 11éd. 1928.
• (F.)Terré et (Ph.) Simler :
Droit civil, les biens, 5e éd. 1998.
•Weill et F. Terré :
Droit civil, n°872.

• (F.) Zenati et (T.) Revet :
les biens, 2e éd.

ENCYCLPEDIES

- **Jurisclasseur Civil,** *Donations et testaments,* article 900-1, n°27 par A. Sériaux .
- **Jurisclasseur Civil,** Contrats et obligations ,art. 1166, par G. Légier.
- **Jurisclasseur Civil,** Contrats et obligations, art. 1167, n°75.
- **Répertoire . civil.** Dalloz, Inaliénabilité,par L.Vincent.

ARTICLES et MEMOIRES

•H. Corvest :
L'inaliénabilité conventionnelle, *Defrénois* 1979, art.
•P. FREDERIC :
le creancier face à une clause d'inaliénabilité, mém. 1999.
32126, p.1377.

•P. Simler :

Les clauses d'inaliénabilité : *D.* 1971, p.416.

NOTES ET OBSERVATIONS

•L. Barbier :

- CA Aix-en-Provence, 5 janv. 1995 : *Bull. Aix* 1995/1, somm. p.9.
- TGI Cherbourg, 13 févr. 1974, *Gaz. Pal.* 1974, I, p.383, *Gaz. Pal.* 1974, II, p.860.

• J-B :

T. civ. Privas, 2 févr. 1955 : *JCP* 1956, éd.G, II, n°9527.

•J. Casey :

Cass. civ 1ère, 3 juin 1998 , *JCP* 1998, éd.G, II, n°10167.

• M. Dagot :

TGI Cherbourg, 13 févr. 1974 : *JCP* 1974, éd.G, II,n°17861.

• P. Dupuich :

T. civ. Quimper, 2 mai 1893 : DP 1895, 2, p.153.

• M. Grimaldi :

- Cass. civ. 1ère, 15 juin 1994, D. 1995, somm. P.50.
- Cass. civ 2ème, 30 juin 1993, D. 1995, somm., p.50.

•Guyon :

CA Bordeaux, 8 juin 1959 : *JCP* 1960, II, n°11638.

•J-A :

- TGI Bressuires, 1er juin 1976 ,; *JCP* 1976, éd.G, IV, n°6638, p.307.
- TGI Coutances, 31 janv. 1974 : *JCP* 1975, éd.G, n°17986 bis.

•

• Lamand :

Cass. civ.1ère, 8 juin 1963, D. 1964, p.713.

•L-C :

TGI Bressuires,1er juin 1976, *Gaz.Pal.* 1977,1,p.297.

• A. Leborgne :

- Cass. civ 1ère, 15 juin 1994 : D. 1995, p.342.

• R. Le Guidec :

- Cass. civ. 1ère, 15 juin 1994, JCP 1995,éd G., II, n°3876, n°8.
- Cass. civ.1ère, 20 oct. 1982, *RD rur.* 1984, p.580.

• D. Martin :

note ss Cass. civ 1ère, 25 juin 1980 : D. 1981, IR, p.90 .

• Mague :

Cass. req., 20 févr. 1939, DC 1941, p.22 .

• P.Marquet :

Cons. Const., n°98-403 DC, 29 juill. 1998, *JCP* 1998, I, 171, n°3.

• L-M Martin :

CA Lyon, 19 mai 1981 :*Banque* 1983, p.783.

•Molfessis :

Cons. Const., n°98-403 DC, 29 juill. 1998, *RTDciv* 1998, p.799.

•M. Nast :

T. civ. Arras, 11 déc. 1935 : DP 1937, 2,p.27.

• J. Patarin :

- Cass. civ.1ère, 3 juin 1998 ; *RTDciv* 1999, p.963.
- Cass. civ. 1ère, 15 juin 1994, RTDciv 1995, p.666.
- Cass. civ.1ère, 10 juill. 1991,*RTDciv* 1991, p.580
- Cass. civ.1ère, 10 juill. 1990, *RTDciv* 1991, p.141.

- Cass. civ.1ère, 20 nov 1985 : *RTDciv*. 1986, p.620.
- Cass. civ 1ère, 9 oct. 1985 : *RTDciv* 1986, p.622.
- Cass. civ.1ère, 20 oct. 1982, *RTDciv* 1983, p.771.
- Cass. civ.1ère, 20 juill. 1982 : *RTDciv*. 1983, p.376.
- Cass. civ 1ère, 25 juin 1980, *RTDciv* 1981, p.671.

***M. Planiol :**

Cass. req., 23 mars 1903 : DP 1903, 1, p.337.

***E.R :**

Req. 16 janv. 1923, DP, I, p.177.

***Ph. Rémy :**

Cass. civ.1ère, 20 oct. 1982 : D.1983, p.120.

***P. Salvage :**

Cass. civ.1ère, 10 juill. 1990 : *Bull. civ.*I, n°192 ; *JCP* 1991, éd.N, II, p.197.

***R. Savatier :**

- Cass. civ 1ère, 20 déc. 1976 : RTDciv 1977, p.359.
- TGI Bressuires, 1er juin 1976 , *RTDciv* 1977, p.804.
- TGI Cherbourg, 13 févr. 1974,*RTDciv* 1974, p.443.
- Cass. civ., 19 oct. 1965 : *RTDciv*. 1966, p.328.
- Cass. civ.1ère, 8 juin 1963, *JCP* 1965, éd.G, II, n°14087.

***p. Storrer :**

CA Aix-en-Provence, 4 nov. 1993 : *Bull. Aix* 1993/2, somm. P.24.

*** H. Thuillier :**

- TGI Bressuires, 1er juin 1976 , *JCP* 1977, éd. N, II, p.140.

Cass. civ.1ère, 8 janv. 1975 ; *JCP* 1976, éd.G, II, n°18240.

***Tissier :**

- Rouen, 5 avr. 1905, s. 1907, 2, 225.
- Cass. req., 23 mars 1903 : S. 1904, 1, p.225.

• J-F Vouin :

TGI Cherbourg, 13 févr. 1974 : D. 1975, p.30.

•F. Zenati :

- Cons. Const., n°98-403 DC, 29 juill. 1998, ; *RTDciv* 1998, p. 136.
- Cass. civ. 1ère, 15 juin 1994, RTDciv 1995, p.919.

الفهرس

صفحة

فقرة

فقرة		صفحة

فقرة		صفحة

رقم الإيداع

١٨٦٧٩/ ٢٠٠٣

الترقيم الدولى

97704-4292-8